Weber

Deutsches Hypothekenrecht

mit besonderer Rücksicht

auf dessen Reform im Reichs-Civil-Gesetzbuche

von

Dr. jur. Friedrich Weber.

Erste Abteilung.

Geschichtliche Entwicklung des Deutschen Grundbuchs- und Hypothekenrechts.

Nördlingen.

Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.

1887.

Druck von C. H. Beck in Nördlingen

Vorwort.

Nachdem unser Deutsches Vaterland, dessen Civilrecht in außerordentlich verschiedene, bei ihrer großen Anzahl kaum mehr übersehbare Rechtsbildungen zersplittert ist und daher insbesondere auch die Ausübung der Civil-Rechtspflege in hohem Grade erschwert, infolge unserer politischen Wiedervereinigung begründete Aussicht hat, in naher Zukunft nun auch, zur weiteren Festigung des Einigungsbandes, ein ganz Deutschland umfassendes einheitliches Civilrecht zu erhalten, indem zunächst der Entwurf eines Reichscivilgesetzbuchs, wie derselbe aus den Beratungen der bekannten, aus hervorragenden Juristen zusammengesetzten Fachkommission zu Berlin hervorgegangen ist, sicherem Vernehmen nach in kürzester Frist zur Publikation gelangen soll, so wird ohne Zweifel jegliches ernste wissenschaftliche Streben als berechtigt gelten müssen, welches darauf gerichtet ist, nach besten Kräften dazu beizutragen, daß dieses bevorstehende Deutsche Civilrecht nicht nur nach allen Richtungen hin der hohen Kulturstufe unserer Nation, sondern auch hauptsächlich den realen Bedürfnissen des Lebens entspricht.

Auf solche Bestrebungen sind nun auch unter andern jene Gutachten zurückzuführen, welche der Notariatsverein für Deutschland und Österreich — der gegenwärtig

nahezu Eintausend Deutsche Notare zu seinen Mitgliedern zählt — schon seit mehreren Jahren über die wünschenswerte künftige Gestaltung einzelner besonders wichtiger Materien des Civilrechts extrahieren und ansammeln ließ, und war auch die nachfolgende Arbeit über das Deutsche Hypothekenrecht, wie sich aus der Einleitung ergibt, zunächst nur dazu bestimmt, ein solches Gutachten zu bilden, welches denn auch in Gestalt eines großen Teils der ersten Abteilung dieses Werks in der Deutschen Not.Zeitung pro 1885 veröffentlicht wurde.*)

Allein bald nach Beginn der Arbeit, insbesondere nach Erledigung jener Betrachtungen, welche der Einleitung gewidmet wurden, überzeugte ich mich, daß es nicht zweckmäßig und kaum irgend einen Erfolg versprechend ist, die Reformvorschläge hinsichtlich der künftigen Gestaltung des Deutschen Hypothekenrechts für sich allein mit mehr oder weniger allgemeiner Motivierung hinzustellen, sondern daß es viel sachgemäßer erscheint, das gesamte dermalige Deutsche Hypothekenrecht mit besonderer Rücksicht auf dessen historische Entwickelung zur Darstellung zu bringen und hiebei die Fragen de lege ferenda an den geeigneten Stellen unter entsprechender spezieller Motivierung nur anzureihen, indem auf diese Weise nicht nur die Notwendigkeit, sondern auch die systematische Tragweite der einzelnen Reformpostulate sich viel klarer beurteilen läßt.

Und so faßte ich den Entschluß, das positiv geltende Deutsche Hypothekenrecht unter fortgesetzter Beachtung der

*) Auch in Holland wurde dieses Gutachten in dem „Weekblad voor Notaris-Ambt“ mit meiner ausdrücklich eingeholten Zustimmung veröffentlicht.

Punkte der Reformbedürftigkeit desselben nochmals am Vorabend vor der Einführung des neuen Deutschen Civilrechts in seiner Gesamtheit vor Augen zu stellen.

Diesen Gedanken verwirklicht zunächst die vorliegende erste Abteilung dieses Werkes, welche die geschichtliche Entwickelung des Deutschen Grundbuchs- und Hypothekenrechts zum Inhalte hat und hiebei zugleich die Aufgabe zu lösen versucht, die Keime und Wurzeln für eine organische Fortbildung unseres Hypothekenrechts unter steter Beachtung der praktischen Bedürfnisfragen offen zu legen. Hiebei möge sich indes zur Rechtfertigung der Systematik der Arbeit folgende Bemerkung der Berücksichtigung empfehlen: Das gegenständige Werk behandelt nur das Hypothekenrecht. Dieses Recht gestaltet sich jedoch hinsichtlich seiner Wirkungen in vielen Punkten verschieden, jenachdem dasselbe das sog. Grundbuchssystem oder aber das einfache Hypothekenbuchssystem zum Hintergrunde hat.

Es mußte deshalb, zumal im Hinblick darauf, daß das Grundbuchssystem ohne allen Zweifel in dem künftigen Reichscivilgesetzbuche adoptiert werden wird, die rechtliche Behandlung mindestens des Grundeigentums nach Maßgabe des Grundbuchssystems in die erste Abteilung dieser wie gesagt nur das Hypothekenrecht behandelnden Arbeit hereingezogen werden, wobei es nur als den realen Verhältnissen angepaßt wird angesehen werden müssen, wenn dies sofort an der Hand der hochbedeutsamen Preußischen Gesetzgebung vom 5. Mai 1872 erfolgte, indem diese Epoche machende Legislation zu einem sehr erheblichen Teile im Gebiet des sog. Grundbuchsrechts ganz zuverlässig das Vorbild für das Reichscivilgesetzbuch abgeben wird.

Die zweite Abteilung wird „Die allgemeinen Lehren des Grundbuchsrechts," also hauptsächlich die Grundsätze über die Grundbuchsverfassung, die Eintragung in die einzelnen Abteilungen des Grundbuchs, das Konsensprinzip, die Rangordnung der Eintragungen, die Anfechtbarkeit derselben, die publica fides, die Haftung der Buchbeamten und des Staats rc. darzulegen versuchen, und die dritte Abteilung das positive, in Deutschland geltende Hypothekenrecht dogmatisch entwickeln, wobei stets, wie bereits mehrfach angedeutet, überall die Postulate der Reform auf Grund vieljähriger, in der Praxis gemachter Erfahrungen zum Ausdruck gebracht werden sollen, weshalb diese beiden letzten Abteilungen, zumal mit Rücksicht auf deren spätere Brauchbarkeit, erst nach der Publikation des Entwurfs des Reichscivilgesetzbuches, jedoch sehr bald hierauf erscheinen werden.

Möge diese auf vielen Studien der sog. vergleichenden Rechtswissenschaft und langjährigen Erfahrungen beruhende Arbeit besonders insoweit, als sie bestimmt ist, einen kleinen Beitrag zur Ausgestaltung unseres künftigen Civilrechts zu liefern, überall freundliche Würdigung finden.

Würzburg, April 1887.

Der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung.

§ 1.

I. Die Aufgabe der Gesetzgebung über das Hypothekenrecht im allgemeinen.

Das Deutsche Hyp.-Recht mit seinen Prinzipien der Publizität und Spezialität ist ohne Zweifel die bedeutsamste und glänzendste Erscheinung der rechtsbildenden Kraft der Deutschen Nation im Gebiet des Civilrechts.

Diesem deutschen Hyp.-Rechte, wie es sich positiv in den Gesetzgebungen der sämtlichen größeren Bundesstaaten des Deutschen Reichs und Österreichs ausgeprägt findet, ist es zum wesentlichsten Teil zu verdanken, daß auch in der modernen Zeit der Grundbesitz, dieser unser größter und politisch wichtigster Nationalreichtum, als solcher trotz der Konkurrenz eines enorm entwickelten Mobiliarkredits, der wenigstens zum Teile eine außerordentliche Sicherheit und präzis anfallende Rente bietet (z. B. bei Staats- und einzelnen Eisenbahnpapieren 2c.), kreditfähig erhalten blieb und innerhalb solider Schranken im großen und ganzen sehr viel Kapital und zwar selbst in solchen Gegenden, die von der Natur nur mittelmäßig begünstigt oder im landwirtschaftlichen Betrieb in besonderem Grade zurückgeblieben sind, zugeführt erhielt und auch gegenwärtig fortgesetzt zur Veranlagung empfängt. [1])

---

[1]) Der deutsche Grundbesitz ist sogar gegenwärtig nach allen bekannt gewordenen statistischen Erhebungen im Verhältnisse zu seinem dermaligen

Ist nun aber diese Wahrnehmung unleugbar richtig und läßt sich ferner nicht bestreiten, daß auch die so notwendige und dankenswerte vermittelnde Thätigkeit der Immobiliarkreditgesellschaften — deren gesetzliche Regelung natürlich nicht dem Hyp.-Rechte angehört, daher auch hier nicht weiter zu behandeln ist — ihre wesentlichste Grundlage und Stütze gerade in den Garantien findet, mit welchen die Individualhypothek ausgestattet ist, so ergibt sich hieraus vor Allem von selbst, daß die Aufgabe der Deutschen Reichsgesetzgebung, welche sich anschickt, uns mit einem neuen Civilgesetzbuche, welches ganz Deutschland umfaßt, zu beschenken, hinsichtlich des Hyp.Rechts nicht darin bestehen kann, ein solches Recht auf völlig neuen Grundsätzen aufzubauen, also ein ganz besonderes modernes Hyp.Recht zu schaffen.

Indes, wenn auch hiernach von einer solchen Neuerung nicht die Rede sein kann und vielmehr die bewährten Prinzipien des Deutschen Hyp.Rechts in der Hauptsache aufrecht zu erhalten und zum Gemeingut der ganzen Nation zu machen sind, so läßt sich auf der andern Seite doch nicht verkennen, daß diese Prinzipien, soweit sie bisher überhaupt schon adoptiert sind, in den einzelnen Bundesstaaten eine in wesentlichen Punkten verschiedene Entwickelung erfahren haben, indem eine Gruppe von Staaten in der Ausbildung dieser Grundsätze nicht genügend fortgeschritten ist, eine andere Gruppe von Staaten aber in dieser Hinsicht zwar höchst bedeutsame bahnbrechende Fortschritte gemacht hat, jedoch in einzelnen Beziehungen einer augenblicklichen Zeitströmung folgend dem formalen Rechte auf Kosten des materiellen Rechts wohl allzuweit gehende Konzessionen eingeräumt haben dürfte.

Die Folge hiervon ist, daß es wohl keinen Bundesstaat gibt, in welchem nicht ganz berechtigte Reformwünsche bezüglich wichtiger Punkte des Hyp.Rechts bestehen, so daß das Vorhanden-

---

Wert mit Kapitalien übermäßig belastet; daß er aber gleichwohl kapitalsbedürftiger ist als je und daß die sog. „Hypothekennot" für sehr viele Teile unseres Vaterlands keine bloße Parteiphrase ist, davon wird sofort im nächsten Paragraphen die Rede sein.

sein einer Reformbedürftigkeit des Hyp.Rechts bis zu einem gewissen Grade allerdings nicht geleugnet werden kann.

Die Reichsgesetzgebung wird hiernach die Aufgabe haben, die bisherigen Grundprinzipien des Deutschen Hyp.Rechts nach der Seite ihrer organischen Fortentwickelung und Ausbildungsfähigkeit einer allgemeinen gründlichen Revision zu unterstellen, wobei sie in der glücklichen Lage ist, die in den einzelnen Staaten nach den eben angedeuteten beiderlei Richtungen bereits gemachten Erfahrungen benützen zu können; die Resultate dieser Revision d. i. die aus dieser Revision gewonnenen Rechtssätze werden den Inhalt des Hyp.Rechts im Reichscivilgesetzbuch zu bilden haben.

Der Leitstern aber, nach welchem diese Untersuchung vorzunehmen ist, kann und darf nur in den Bedürfnissen des realen Lebens erblickt werden und wird der gerade in dieser Materie, welche vielfach das sogenannte formale Recht zum Gegenstande hat, in besonderem Maße herantretenden Versuchung zur Adoptierung einzelner wenn auch noch so geistreich motivierter moderner Theorien, insoweit als dieselben keinem Bedürfnisse entsprechen oder gar den soliden Realkredit und Immobiliarverkehr zu gefährden geeignet sind, mit Entschiedenheit zu widerstehen sein; denn das Recht ist ja nicht ein Produkt der juristischen Gedankenoperation, sondern der spezifischen Rechtsvernunft eines bestimmten Volkes, welches bei hoher Kulturstufe sein Recht aus den Postulaten der realen Mächte d. i. den praktischen Bedürfnissen des Lebens und Verkehrs unter Berücksichtigung der Gebote der Ethik schöpft.

Der Notariatsverein für Deutschland und Österreich, welcher sich die gerade gegenwärtig so wichtige Aufgabe gestellt hat, an der Fortentwickelung des Deutschen Rechts nach Kräften mitzuarbeiten, hat nun beschlossen, in Erfüllung des eben angeführten Programms mitten aus den Erfahrungen des praktischen Lebens heraus einen Beitrag zu der eben erwähnten Enquête zu liefern, und hat deshalb zunächst den Verfasser mit der Abgabe eines

Gutachtens über die Postulate hinsichtlich der Reform des Hyp.-Rechts betraut.

Indem nun in Nachstehendem eine Lösung dieser Aufgabe, die schon wegen der Größe ihres Umfangs und wegen der Bewältigung des in enormem Maße vorliegenden partikulären Rechtsstoffs außergewöhnliche Schwierigkeiten bietet, wenigstens in den wichtigeren Punkten versucht wird, muß hervorgehoben werden, daß die vorliegende Arbeit nur zur gründlicheren Vorbereitung eines weiteren viel gewichtigeren Gutachtens beitragen soll, welches seiner Zeit, nach dem Erscheinen des Entwurfs des Reichscivilgesetzbuches einzuholen sein wird.

§ 2.

II. Die Reformpostulate bezüglich des Hypothekenrechts und deren Schranken.

Das Hyp.Recht dient wesentlich einem wirtschaftlichen Zwecke, indem es dazu beizutragen hat, daß dem Grundbesitze, soweit dessen Kapitalswert und Rente reelle Sicherheit zu gewähren im stande ist,[2]) ausreichend Kapital zufließt.

Diesen Zweck vermag indes das Hyp.Recht wie überhaupt das Civilrecht und der Civilprozeß (der letztere besonders durch richtige nicht allzu ängstlich bemessene Grundsätze über Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden und Schaffung einer gut organisierten Subhastation) nur in mittelbarer Weise zu verwirklichen.

Wirtschaftlich hat der Grundbesitz ohne Frage allerdings das Bedürfnis, Kapitalien mit langen Rückzahlungsfristen gegen

[2]) Die Entstehung von Hypotheken mit ungenügender Sicherheit darf eine Gesetzgebung und zwar gerade im Interesse des Realkredits selbst niemals begünstigen. Eine ganz andere, der Sozialpolitik angehörige Frage ist natürlich die, ob nicht gerade in unserer Zeit zur Erhaltung eines tüchtigen Bauernstandes, dieser gewichtigsten Grundlage des Staats, außerordentliche Kapitalsmittel von Staatswegen beschafft werden sollen, für welche das Moment der Realsicherheit nur eine sekundäre Rolle zu spielen hätte. Unter diesen Gesichtspunkt fallen z. B. die so zeitgemäßen Kulturrentenbanken.

mäßige Verzinsung und überdies gerade heutzutage viel Kapital zu erlangen, worüber folgende Bemerkungen genügen dürften:

Während die Kreditverhältnisse im Gebiete der Industrie, des Handels und Gewerbs ihrer ganzen Natur gemäß nach rascher Abwickelung streben und ferner bei den großen Anlehen der Staaten, Eisenbahnen 2c., trotz der in der Regel auf viele Jahre hinaus bemessenen Rückzahlung, infolge der leicht zu prüfenden Sicherheit und dadurch erzeugten Zirkulationsfähigkeit (zum Teil Börsenfähigkeit) der einzelnen Wertseffekten eine Zurückziehung des Kapitals dem Gläubiger durch Verkauf solcher Effekten jederzeit leicht ermöglicht ist, ohne die Kapitalskraft des Schuldners direkt in Anspruch nehmen zu müssen, ist der städtische und ländliche Grundbesitz der Kreditfrage gegenüber in einer eigentümlichen Lage, indem er zwar einerseits auch wie der Staat 2c. solcher Kapitalien bedarf, die nur sehr langsam nach Maßgabe eines Teils der jährlichen Grundrente in Abführung gebracht werden können,[3]) andererseits jedoch für sich allein — abgesehen etwa vom Besitze größerer Latifundien und Majoratsherrschaften — niemals im stande sein wird, der einzelnen Obligation eine solche Marktfähigkeit zu verschaffen, welche dem Gläubiger gestattet, stets über sein Kapital ohne Beschwerung des Schuldners disponieren beziehungsweise solches zurückziehen zu können.

Allein es ist klar, daß das hiernach allerdings bestehende Postulat des Grundbesitzes, Kapitalien mit möglichst lange dauernder Unkündbarkeit gegen niedrige Verzinsung zu erlangen, nicht oder wenigstens nicht in erster Linie durch Bestimmungen des Hyp.Rechts, sondern durch Hypothekenbanken, garantierende Korporationen 2c., welche die Vermittlung zwischen dem Grundbesitzer und Gläubiger übernehmen, erfüllt werden kann.

Es ist ferner unbestreitbar, daß sich der ländliche Grundbesitz schon seit mehreren Jahren in einer wirtschaftlichen

---

[3]) Die zuweilen aufgestellte Forderung der Erlangung vollständig unkündbarer Kapitalien dürfte schon aus Gründen einer gesunden Wirtschaftspolitik verwerflich sein, gehört aber jedenfalls nicht in das Gebiet des Hyp.Rechts.

Krisis[4]) befindet und daß das Hauptmittel zur Beseitigung derselben in der Einführung und bezw. Fortentwickelung eines mög-

[4]) Die landwirtschaftliche Krisis, deren Existenz trotz starker Übertreibungen immerhin bis zu einem gewissen Grade leider eine Wahrheit ist, beruht in ihrer Totalität auf sehr vielen, mehr oder minder wichtigen Ursachen; die bedeutsamste hiervon ist aber ohne Zweifel nach unwiderleglichen statistischen Zeugnissen der ausgangs der sechziger und besonders anfangs der siebenziger Jahre unseres Jahrhunderts auf eine schwindelhafte Höhe hinaufgetriebene Güterpreis, so daß sehr viele Grundbesitzer zu teuer erworben beziehungsweise ihren Grundbesitz nach Maßgabe des künstlich geschraubten imaginären Werts desselben mit Hypotheken überlastet haben.— Es trat für die Landwirtschaft nahezu derselbe Zustand ein, in welchem sich die Börse im Laufe der Schwindeljahre befand, nur mit dem Unterschied, daß die hiernach unvermeidlichen „Abschreibungen" bei dem Immobiliarbesitz seiner ganzen Natur nach viel langsamer von statten gehen, als dies bei den Börsenwerten der Fall war. Als Mittel zur Heilung dieser landwirtschaftlichen Krisis werden nun in neuerer Zeit höchst merkwürdige Rezepte empfohlen: so z. B. in Erinnerung an das Mosaische Jubeljahr Zwangsamortisationen (Wolowski und Roscher), wonach der Grund und Boden periodisch in seine ursprüngliche Schuldenfreiheit zurückversetzt werden soll, ferner Schuldentlastung durch staatliche Ablösungsbanken (meines Wissens zuerst von deutschen Agrariern in der Deutschen Landwirtschaftlichen Zeitung und sodann in Programmen und Brochüren, insbesondere von den Freiherrn von Fechenbach und Vogelsang entwickelt), welche Entlastung schließlich in allen ihren Variationen auf eine partielle Schädigung der Gläubiger oder des Staats d. i. der Steuerzahler hinausläuft, weiter die Einführung des Heimstättengesetzes Kaliforniens und anderer nordamerikanischer Staaten, welches Gesetz die Bezahlung der Schulden in den meisten Fällen auf die persönliche Ehrenhaftigkeit des Schuldners verstellt und in Amerika offenbar nur momentan zur Begünstigung der Einwanderung eingeführt wurde. Allein alle diese und ähnliche staatssozialistische Mittel sind mindestens in der Hauptsache reine Chimären und entsprechen nicht den Grundsätzen der Gerechtigkeit. Die wahren Heilmittel liegen auf einem ganz andern Felde: unsere Landwirtschaft ist zurückgeblieben und mit vollem Rechte sagt Dr. Walcker in seinem Handbuch der Nationalökonomie (1883 S. 220): „Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Landwirtschaft Deutschlands in technischer Beziehung im großen und ganzen, von rühmlichen Ausnahmen abgesehen, weit hinter der Technik der Industrie und des Handels und hinter Dem zurücksteht, was sie „leisten könnte und sollte", wobei er hervorhebt, daß die Worte „technische Beziehung" in sehr weitem Sinne

lichst rationellen Betriebs der Landwirtschaft besteht, wozu unter Umständen eine teilweise Verbindung derselben mit gewerblichen und industriellen Unternehmungen ꝛc. gehört, weshalb der Grundbesitz gerade in unserer Zeit in ungewöhnlichem Maße großer und vieler Kapitalien — abgesehen von dem stets verbleibenden Postulate langsamer Heimzahlung derselben — zu seinem Gedeihen notwendig bedarf.

Allein auch in dieser Richtung (Hebung der landwirtschaftlichen Krisis) kann das Hyp.Recht nicht direkt helfen und dies um so weniger, als die Aufnahme eines Teils der hiernach erforderlichen Kapitalien eigentlich nicht mehr dem Real-, sondern dem Personalkredit angehört, also auf dem Vertrauen in die wirtschaftliche Tüchtigkeit des Darlehenssuchers (z. B. schon bei Meliorationen) beruht.[5])

---

genommen seien, indem sie sich auf „allzu große und zu kleine Güter, übelgelegene Parzellen, veraltete Ackerbausysteme, die lokale Hyperzentralisation der Industrie und der Bevölkerung, die Arbeiterverhältnisse der Landwirtschaft ꝛc. beziehen sollen."

Ich lasse dahingestellt, ob insbesondere die an sich höchst wichtige gleichmäßigere lokale Verteilung der Industrie und Bevölkerung (Heilung der „großstädtischen Krankheit"; in Deutschland treffen auf die Quadratmeile 216 Personen, in Nordamerika nur 14 Personen, wobei in den Städten in Deutschland 41⁴/₁₀ Proz. der Bevölkerung, in Nordamerika nur 22¹/₂ Proz. derselben leben) möglich und ausführbar ist, was z. B. Roscher bezweifelt; jedenfalls liegt aber der Schwerpunkt der Heilung, abgesehen von den zum Teil bereits wirksamen mehr sekundären Hilfsmitteln (als: Einführung des deutschen Landwirtschaftsrats und besonderer einzelstaatlicher Landeskulturratskollegien, Errichtung landwirtschaftlicher Akademien, Mittel- und Volksschulen, veterinär-polizeiliche Einrichtungen gegen schädliche Tiere und Pflanzen, Einführung von Versuchsstationen, Staats- und Vereinsprämien, Ausstellungen, landwirtschaftlichen Wanderversammlungen, landwirtschaftlichen Schutzzöllen, über deren Wert und Wirksamkeit jedoch erst die Erfahrungen der Zukunft zu entscheiden haben werden, Herabsetzung der Besitzveränder.-Geb. und Hyp.Geb. ꝛc.), in der Herbeiführung und bzw. der Fortentwickelung eines sehr rationellen Betriebs der Landwirtschaft, wozu vor allem Kapitalien und viel Kapitalien gehören, und das ist der Punkt, in welchem die landwirtschaftliche Krisis das Hyp.Recht wenigstens mittelbar berührt.

[5]) Sehr empfehlenswert sind in dieser Richtung die Raiffeisen'schen

Alles, was überhaupt positiv das Hyp.Recht zur Gewinnung von Kapitalien für den Grundbesitz zu leisten im stande ist, wird sich immer auf die möglichst scharfe Durchführung des Elementarsatzes unseres Deutschen Hyp.Rechts beschränken, darin bestehend, daß der hypothekenrechtliche Erwerb, sofern er mit dem zur Zeit dieses Erwerbs bestehenden in den wesentlichsten Punkten ausschließlich geltenden Inhalte des Grund- und Hypothekenbuchs übereinstimmt, also im Vertrauen auf den Vortrag dieses Buchs und überdies in gutem Glauben erfolgt ist, soweit als möglich für **unantastbar** erklärt wird — auf diesem Grundgedanken beruhen eben die Prinzipien der Publizität und Spezialität im Gebiete des Hyp.Rechts —, wozu sich dann noch einige Erleichterung der Formen dieses Erwerbs zu gesellen haben wird, soweit dies bei einem immerhin in der Hauptsache an die Einschreibung in ein öffentliches Buch gebundenen Rechtsverkehr sich als thunlich und ausführbar darstellt.

In höchst interessanter Weise werden die Ziele der Reformbestrebungen hinsichtlich des Hyp.Rechts in den amtlichen Motiven zu den neuen preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetzen vom 5. Mai 1872, — unstreitig der bedeutsamsten neuern Gesetzgebung im Gebiete des Immobiliarsachenrechts, welche mehr oder weniger in dieser Materie dem Reichscivilgesetzbuch zur Grundlage dienen dürfte, — zusammengestellt und als solche Ziele aufgeführt (s. Höinghaus, „die neuen Preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze“ S. 10):

1) Die Erweiterung des Hypothekenbuchs zum Grundbuch, „wodurch man die Duplizität der Rechte auf das Grundstück in und außer dem Hypothekenbuche beseitigen, die Bedeutung der Eintragung für den Rechtserwerb steigern und

---

auf dem Prinzip der Solidarhaft beruhenden Darlehenskassevereine, die unter Voraussetzung einer soliden Verwaltung Vorzügliches leisten. Die Frage, ob und wie weit zur Befriedigung der obigen Postulate der Staat als solcher unterstützend einzugreifen habe, ist, wie bereits oben Note 2 angedeutet wurde, sozial-politischer Natur und daher nicht zu einer Erörterung in vorliegender Arbeit geeignet.

dadurch die nötige Grundlage für sicheren Immobiliarkredit, klare Festigkeit des Eigentums am Grundstück, Gewißheit der Größe und Identität desselben finden will,"

2) die Loslösung der Hypothek als dingliches Recht von dem persönlichen Schuldverhältnis, zu dessen Sicherung sie bestellt worden; man hofft dadurch zu erreichen

„a) die Freiheit von allen Einreden aus der Obligation gegen die Hypothek, deren Verwirklichung und Verkehrsfähigkeit damit völlig gesichert sein würde,

b) die größere Leichtigkeit und Einfachheit der Hypothekenurkunde, welche namentlich für die weitere Übertragung der Hypothek von größter Wichtigkeit ist, zumal wenn gleichfalls eine ebenfalls gewünschte Vereinfachung der Formen der Übertragung selbst eingeführt wird,

c) die Möglichkeit, daß der Eigentümer für sich selbst Hypotheken auf seinem Grundstücke eintragen lasse und von den Hypothekengläubigern erwerbe, wodurch er die seinem Kredit sehr vorteilhafte Gelegenheit erlangt, eine bessere Priorität auch noch einem späteren Gläubiger bieten zu können (Eigentümerhypothek),

d) die Beseitigung des die Rechtsbeständigkeit der Schuld prüfenden Legalitätsprinzips und die Beschränkung desselben auf die Eintragungs- und Löschungshandlung, wodurch eine größere Beschleunigung in der Erledigung der Geschäfte bei dem Hypothekenbuche bewirkt und, was dafür als wesentlich angenommen wird, die Abtrennung dieser Geschäfte von den Gerichten, jedenfalls die Beseitigung der langsamen kollegialischen Geschäftsbehandlung möglich werden kann."

Die nachfolgende Arbeit wird zu prüfen haben, inwieweit diese Gedanken, welche in der That die Quintessenz der Reformziele unserer Zeit im Gebiete des Hyp.Rechts, in lichtvoller Darstellung zusammenfassen, sich als gerechtfertigt und ausführbar darstellen; auch ergibt sich aus diesen Reformforderungen von

selbst, daß außer dem Hyp.Recht auch das übrige Immobiliarsachenrecht, insbesondere das sogen. Bucheigentum in höchst wichtigen Punkten in den Kreis unserer Erörterungen gezogen werden muß.

§ 3.

III. Die Rechtswissenschaft und das Grundbuchsrecht in Deutschland und Österreich.

Während die Praxis in richtiger Würdigung der realen Bedürfnisse des Lebens, geleitet von der unmittelbar aus den täglichen Rechtserscheinungen gewonnenen Erkenntnis, daß dem Immobiliarverkehr und dem Realkredit schlechterdings nur die Einrichtung von öffentlichen Büchern, welche über die (dinglichen) Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes ein möglichst vollständiges Bild geben, in Verbindung mit der Einführung eines besonderen gesetzlichen Schutzes des auf diese Bücher sich stützenden Rechtserwerbs eine sichere Basis gewähren könne, nach und nach im Gebiete des Immobiliarsachenrechts unter dem Gesichtspunkte der „Natur der Sache" oder unter der Aufstellung eines in Mitte liegenden Deutschen Gewohnheitsrechts eine Reihe von materiellrechtlichen Sätzen herausbildete, welche höchst bedeutsame Änderungen des gemeinen Immobiliarsachenrechts enthalten und in ihrer Gesamtheit dem letzteren gegenüber sich als ein Sonderrecht — jus singulare — darstellen, und weiter sodann auch die positiven Gesetzgebungen (siehe hierüber das Nähere § 9) allmählich dieses eigentümliche Recht, das sich am besten unter dem technischen Ausdrucke „Grundbuchsrecht" zusammenfassen läßt, in sich aufnahmen und weiter entwickelten, hat die Rechtswissenschaft von dieser im Leben so außerordentlich wichtigen Wandlung des Rechts lange Zeit keine Notiz genommen, sondern sich vorwiegend in historische Forschungen über das altdeutsche Pfandrecht und dessen Formen vertieft und in dogmatischer Beziehung sich in der Hauptsache auf die Lehre von dem formellen Publizitätsprinzip der Hypothek beschränkt, wonach die letztere erst durch Ingrossierung entsteht und die gemeinrechtlichen Entstehungs-

gründe derselben nur Titel (obligatorische Ansprüche) zum Hyp.=Erwerb bilden.[6])

Den Einschreibungen im Grundbuche wurde hiernach — abgesehen von dem eben erwähnten hypothekenrechtlichen Satze — nur die Bedeutung öffentlicher Konstatierung gewisser dinglicher Rechte an Liegenschaften, deren wirklicher materiellrechtlicher Bestand jedoch lediglich nach den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts zu beurteilen sei, beigemessen und sohin das Grundbuch wenigstens in der Hauptsache nur unter dem Gesichtspunkte eines adminikulierenden Beweismittels, besonders geeignet, die Herstellung der sog. Sachlegitimation zu erleichtern, — also mit einem Worte im Wesentlichen lediglich als ein dem Prozeßrechte angehöriges oder gar nur als rechtspolizeiliches Institut aufgefaßt, welches in seinem mechanischen Schreibapparate wenig Auslese für dogmatische Forschungen zu bieten schien.

Selbst als das preußische Landrecht das Dogma von dem „öffentlichen Glauben" des Grundbuches (materielles Publizitätsprinzip)[7]) wenigstens hinsichtlich des Hyp.Rechts in einer über allen Zweifel erhabenen Weise zum Ausdruck gebracht, also

---

[6]) Selbst Gerber spricht sich über unsere Materie in der neuesten Auflage seines Deutschen Privatrechts (1875) § 151 Anm. 3 in der folgenden höchst eigentümlichen Weise aus:

„Die Natur der Hyp.Bücher als der sichersten öffentlichen Urkunden über die Beschaffenheit und rechtlichen Verhältnisse jedes einzelnen Grundstücks bringt es mit sich, daß man ihre Bedeutung über die Sphäre des Pfandrechts ausdehnt, und überall, wo man die Entstehung eines sonstigen dinglichen Rechts an die Eintragung in öffentliche Grundbücher knüpft, allmählich dazu allein die Hyp.Bücher benutzen wird.

Diese Ausdehnung sollte aber nur als eine Zweckmäßigkeitsregel, nicht als die Begründung eines neuen sachenrechtlichen Prinzips betrachtet werden."

[7]) Im Anschlusse an die historische Entwickelung des Grundbuchsrechts begreife ich unter dem formellen Publizitätsprinzip den sog. Eintragungszwang für gewisse dingliche Rechte, so daß solche ohne Eintragung nicht entstehen oder wenigstens gegen Dritte nicht wirken, und die sog. Offenheit d. i. die allgemeine Zugänglichkeit des Grundbuchs, unter dem materiellen Publizitätsprinzip aber jenen Kreis von Bestimmungen, die

im wesentlichen die Sätze aufgestellt hatte, daß derjenige, welcher von dem eingetragenen Eigentümer Hypothek bestellt erhält, hinsichtlich dieses Hyp.Erwerbs, soferne solcher in gutem Glauben und entgeltlich erfolgt ist, unter allen Umständen insoweit geschützt ist, als ihm gegenüber jede Anfechtung des Eigentumsrechts des Verpfänders, sowie die Geltendmachung gewisser eintragungspflichtiger, aber thatsächlich nicht eingetragener dinglicher Rechte an der verpfändeten Liegenschaft ausgeschlossen ist, also insbesondere der konstitutive Hyp.Erwerb auch dann zu Recht besteht, wenn der Auctor (Verpfänder) gar nicht Eigentümer war, und daß ebenso derjenige, welcher von dem eingetragenen Hypothekgläubiger dessen Hypothek übertragen oder verpfändet erhält (translativer Hypothekenerwerb) unter derselben Voraussetzung d. i. des guten Glaubens und der Entgeltlichkeit seines Erwerbs gegen alle aus dem Rechte seines Auctors (Cedenten, Verpfänder der Hypothek) abgeleiteten, an sich begründeten Anfechtungen geschützt ist, sohin die Hypothek und beziehungsweise das Afterpfandrecht auch dann erwirbt, wenn die Hypothek (aus Gründen des konstitutiven Erwerbs) oder eine vorgängige Zession (als Mittelglied des neuen Erwerbs) mangelhaft oder nichtig oder die Hypothek, sei es durch Zahlung oder aus einem sonstigen Grunde bereits erloschen war, — dauerte es noch lange Zeit, bis die Rechtswissenschaft von dem hiernach klar in Mitte liegenden bedeutsamen neuen Prinzip des Immobiliarsachenrechts Kenntnis nahm.

Diese Erscheinung zeigte sich auch noch, als auf Grund der Preuß. Gesetzgebung die Bayerische und in wesentlicher Berücksichtigung der letzteren auch die Württembergische und Sächsische Gesetzgebung das neue Prinzip adoptiert und dasselbe sohin in dem größten Teile Deutschlands Geltung erlangt hatte, und insbesondere Gönner, ein Mann von seltener Schärfe des Verstandes und umfassender juristischer Bildung in seinem be-

---

man mit dem technischen Ausdruck „öffentlicher Glaube" des Grundbuchs zusammenzufassen pflegt.

rühmten Kommentare zum bayer. Hyp.Gesetz (2 Bände. München 1823 und 1824)[8]) die Lehre vom öffentlichen Glauben des Hyp.-Buchs in ihrer praktischen Bedeutung und Wirkung für das Hyp.-Recht nach allen Richtungen hin in bewunderungswürdiger Weise entwickelt hatte.

Ein anderes Bild in der Rechtswissenschaft entrollte sich erst, als Württemberg kurz nach seinem in der Hauptsache auf dem bayer. Hyp.Rechte ruhenden Pfandgesetze v. 15. April 1825 ein höchst merkwürdiges weiteres das Immobiliarsachenrecht betreffendes Gesetz erlassen hatte, nämlich das sog. Pfandentwickelungsgesetz vom 21. Mai 1828, welches das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auch auf den Erwerb des Eigentums und anderer dinglicher Rechte an Liegenschaften — außer der Hypothek — wenigstens in relativer eigentümlicher Weise ausdehnt, indem dieses Gesetz (hauptsächlich Art. 15) bestimmt, daß derjenige, welcher „auf den Grund des Güterbuchs und des Unterpfandbuchs" oder gewisser das Güterbuch vertretender Urkunden „in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel, Eigentum oder andere dingliche Rechte übertragende Verträge abgeschlossen hat &c., gegen Ansprüche Dritter auf gleiche Weise wie der Hypothekengläubiger gesichert ist," so daß nicht bloß der Erwerb der Hypothek, sondern auch der durch Vertrag vermittelte Erwerb des Eigentums und anderer dinglicher Rechte an Liegenschaft von solchen, die als Inhaber dieser Rechte ingrossiert sind, unter Voraussetzung des guten Glaubens und der Entgeltlichkeit des Erwerbs gegen (nicht gewahrte) Ansprüche Dritter, wenn auch diese Ansprüche (also z. B. auch Eigentumsrechte) nach den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts wohl begründet wären, geschützt erscheinen. Diese Gesetzgebung (sowie vielleicht auch die noch weiter gehende Sächsische Gesetzgebung v. J. 1843) veran-

[8]) Hiezu ist erschienen 1868 ein dritter Band vom k. Notar Graf zu München unter dem Titel „Nachträge und Register", eine vortreffliche, ganz im Geiste Gönners gehaltene wissenschaftliche Arbeit, durch welche dem Gönner'schen Kommentare auch für den praktischen Gebrauch der Gegenwart seine volle Bedeutung zurückgegeben wurde.

laßte nämlich einen der bedeutensten Koryphäen der Rechtswissenschaft unserer Zeit, nämlich den Kanzler der Universität Tübingen Dr. Karl Georg Wächter, einen eminenten Juristen, welcher das gemeine Civilrecht mit besonderer Meisterschaft beherrschte, das moderne Grundbuchsrecht, wenn auch zunächst nur in der Württembergischen Ausgestaltung desselben, in seinen „Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht" (Siebente Erörterung S. 136 – 282, Stuttgart 1845) und in seinem „Handbuche des Württembergischen Privatrechts" zum Gegenstand gründlicher wissenschaftlicher Untersuchung zu machen und mit der ihm eigentümlichen klaren plastischen Dialektik im Gegensatze zu den betreffenden Lehren des gemeinen Rechts zu entwickeln, wobei er übrigens zu dem modernen Grundbuchsrechte im großen und ganzen keineswegs eine sympathische Stellung nahm und insbesondere die Schwächen der Württemb. Gesetzgebung, welche die publica fides nicht auf Ein öffentliches Buch, sondern auch auf andere öffentliche Akte stützt und andererseits die letzten Konsequenzen der Idee des Grundbuchsrechts doch nicht zu ziehen wagt, in specie den durch Vertrag vermittelten Übergang des Eigentums an Liegenschaften nicht an die Ingrossierung, sondern an die bisherige gemeinrechtliche Tradition knüpft, — infolge dessen sich im Hinblick auf die oben geschilderten Wirkungen der publica fides eine höchst bedenkliche Duplizität von Eigentumsrechten entwickeln mußte, — mit einer Schärfe geißelt, die in dem bekannten Zweifel der historischen Schule an dem gesetzgeberischen Berufe unserer Zeit gipfelt.

Seit dem Erscheinen dieser Epoche machenden Arbeiten Wächters,[9]) einem in der That köstlichen Schatze der deutschen Rechtsliteratur, in welchem hauptsächlich auch durch zahlreiche praktische Beispiele die hohe Bedeutung des Grundbuchsrechts für das Rechtsleben klar vor Augen gestellt wurde, hatte das letztere (Grundbuchsrecht) sozusagen das Bürgerrecht in der Rechtswissenschaft erlangt und war nunmehr fortgesetzt der Gegenstand

---

[9]) S. hierüber auch Dr. Römer, Württ. Unterpfandrecht S. 17.

mehr oder weniger umfangreicher wissenschaftlicher Abhandlungen, wobei vorwiegend die Reformbestrebungen der preußischen Gesetzgebung, wie sie überhaupt die Grundlage für die neue Lehre geschaffen hatte, unausgesetzt in höchst anregender Weise wirkten und schließlich in neuester Zeit die Wissenschaft vor die Lösung weiterer sehr wichtiger Probleme im Gebiete des Immobiliarsachenrechts stellte (Auflassung, Grundschuld), von welchen später die Rede sein wird.

Voll und ganz hat indes die Rechtswissenschaft wenigstens hinsichtlich des Hyp.Rechts ihre Aufgabe, den positiven Rechtsstoff, wie er bei unserer Materie hauptsächlich in den einzelnen Partikulargesetzgebungen gesucht werden muß, auf den Kern der hierin enthaltenen Prinzipien zu untersuchen und systematisch unter vergleichendem Rückblick auf die korrespondierenden Lehren des gemeinen Rechts zu gestalten, erst gelöst durch das von Meibom herausgegebene „Deutsche Hyp.Recht, nach den Landesgesetzen der größeren Staaten systematisch dargestellt“, eine großartige Sammlung von systematischen Arbeiten über das Preußische, Österreichische, Bayerische, Württembergische, Sächsische, Mecklenburgische und Rheinisch-Französische Hyp.Recht, wovon bisher erschienen sind (ich führe sie hier einzeln umsomehr auf, als sie unten häufig allegiert sind):

das Mecklenburg'sche Hyp.Recht von Dr. v. Meibom,
das Bayerische Hyp.Recht von Dr. Regelsberger, 2 Bände,[10])
das Sächsische Hyp.Recht von Dr. Siegmann,
das Österreichische Hyp.Recht von Dr. Exner, 2 Bände,
das Württembergische Unterpfandsrecht von Dr. Römer,
das Rheinisch-Französische Privilegien- und Hyp.Recht von Dr. Puchelt, Dr. Dryer &c., 2 Bände,

---

[10]) Über diese hervorragende Arbeit Regelsbergers, welcher seine bereits auf komparativer Rechtsforschung beruhenden vorzüglichen „Studien im bayer. Hyp.Recht“ (Erlangen 1872) vorausgegangen waren, sagt mit vollem Rechte ein berufener Kritiker in der Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1879 Neue Folge 2: „Dieses Werk gibt in der Darstellnng des bayer. Hyp.Rechts die erste allen Anforderungen entsprechende wissenschaftliche Behandlung des neueren Hyp.Rechts überhaupt.“

das Preußische Hyp.Recht von Dr. Dernburg und Hinrichs, „erste Abteilung“, 1877,

so daß zum Abschluß dieser Sammlung nur noch die zweite Abteilung des letzten Werkes fehlt.

In der That, erst durch diese Werke, für deren Gediegenheit schon die illustren Namen der Autoren bürgen, ist es möglich geworden, endlich einmal eine gründliche Information über die wirklich positiv geltenden Sätze des Deutschen und Österreichischen Hyp.Rechts schöpfen zu können, und man kann mit voller Wahrheit bestätigen, daß der Hauptzweck dieser Sammlung, wie er in deren Programm verkündet wurde, nämlich als Vorarbeit für das Deutsche R.C.G.B. zu dienen, in eminentem Grade verwirklicht worden ist, wenngleich bedauert werden muß, daß die Arbeiten selbst für jene Staaten, welche bereits zum Grundbuchsystem übergegangen sind, allzustrenge auf die Darstellung des Hyp.-Rechts, welches in diesen Staaten sich systematisch doch nur als Teil des Grundbuchrechts erweist, — mit einziger Ausnahme des Dernburg'schen Werkes[11]) — beschränkt blieben.

§ 4.

IV. Das Grundbuchsrecht und dessen Gestaltung nach den Vorschlägen der Fachkommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland.

Sollen die nachfolgenden Erörterungen über die Sphäre einer rein akademischen Betrachtung hinausgehen und sich als praktisch verwertbare Vorarbeit für die Stellung erweisen, welche seinerzeit gegenüber dem von der bekannten Fachkommission auszuarbeitenden Entwurf eines Deutschen R.C.G.B., soweit solcher

---

[11]) Mit demselben ist zu vergleichen „Lehrbuch des Preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnorm“ Bd. I (Allgem. Lehren und Sachenrecht) von Dr. Dernburg. Halle 1881. Erst durch dieses rühmlichst bekannte Buch, dessen Studium übrigens neben jenem der oben aufgeführten Arbeiten viele ungestörte Musestunden erfordert, hat das Preuß. Grundbuchsrecht meines Erachtens eine gründlich durchdachte richtige Systematik erhalten.

das Grundbuchsrecht behandelt, einzunehmen sein wird, so müssen selbstredend vor allem die Grundsätze, welche diese Kommission über das Grundbuchsrecht aufstellt, soweit dieselben schon bisher bekannt geworden sind, fortwährend im Auge behalten werden und sogar nach Möglichkeit überhaupt die Grundlage der ganzen nachstehenden Arbeit bilden. Ich ermangle daher nicht, den Wortlaut dieser Prinzipien, wie sie in der Zeitschrift „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts" von Dr. Gruchot, dritte Folge I 1877 S. 239 ff. mitgeteilt wurden und ohne Dementi blieben, meinen Betrachtungen vorauszuschicken.[12])

Dieselben lauten wie folgt:

„I. Eigentumsübergang bei unbeweglichen Sachen.

1. Das Eigentum an den in das Grundbuch eingetragenen Gründstücken (und ebenso bei nicht registrierten, vorbehaltlich von Übergangsbestimmungen) kann in Veräußerungsfällen (inter vivos) nur durch Eintragung in das Grundbuch übergehen. Tradition ist nicht erforderlich und ersetzt die Eintragung nicht.

2) Die Eintragung im Grundbuche erfolgt auf Grund der Erklärungen des bisherigen eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er die Eintragung beantrage, ohne daß es einer Deklarierung des den Erklärungen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts bedarf.[13])

3. Tragweite der publica fides des Grundbuchs. Im

---

[12]) Es ist wohl kaum notwendig zu betonen, welche außerordentliche Bedeutung die Gestaltung dieser Prinzipien für die Frage hat, ob das künftige Civilrecht noch genügenden Spielraum für die Organisation eines lebensfähigen Notariats in Deutschland frei läßt, so daß auch aus diesem Grunde die obige Publikation von hohem Interesse sein dürfte.

[13]) Aus dieser Bestimmung ergibt sich auf das deutlichste, daß nach dem Vorschlage der Fachkommission die merkwürdige Theorie der preußischen „Auflassung" gemeines Recht in Deutschland werden soll.

Siehe jedoch hiegegen die geistvolle, ebenso aus historisch-dogmatischen Studien als aus den Erfahrungen einer vieljährigen Praxis geschöpfte Kritik von Henle „Der Grundeigentumserwerb im künftigen R.C.G.B." in der Deutschen Not.Ztg. Jahrgg. 1883 Seite 129 u. ff.

Falle der unrichtigen Buchung oder einer nichtigen Auflassung hat der früher eingetragene Eigentümer gegen den unrichtig eingetragenen und gegen dessen Nachfolger, sofern sie sich in mala fide befunden haben, eine dingliche Klage.

Der Nachfolger bona fide wird durch die publica fides des Grundbuchs geschützt.

Bei einer anfechtbaren Auflassung tritt dasselbe Rechtsverhältnis ein, wenn nach allgemeinen Grundsätzen die Anfechtbarkeit geltend gemacht werden kann und geltend gemacht ist.

III.[14]) Der Anspruch aus dem durch fehlerhafte Besitzerwerbung eines Andern verlorenen Besitze.

1. In Ansehung der gebuchten Grundstücke soll außer der Eigentumsklage noch ein besonderes Rechtsmittel zum Schutze des entsetzten Besitzers zugelassen werden.

2. Wer den Besitz eines Grundstücks durch fehlerhafte Besitzerwerbung eines Anderen verloren hat, hat

a) gegen diesen Anderen, und

b) gegenüber einem dritten Besitzer, welcher bei der Erwer-

---

[14]) Unter Ziff. II, die oben weggelassen wurde, finden sich über den „Eigentumsübergang bei beweglichen Sachen" folgende höchst interessante Sätze:

„1. Zu der Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß in der auf diesen Zweck gerichteten Absicht beider Teile die Übergabe der Sache von dem bisherigen Eigentümer an den Erwerber erfolgt.

2. Der Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache steht dem Eigentümer gegen Jeden zu, der ihm dieselbe vorenthält.

Der redliche Erwerber ist zur Herausgabe derselben nur verpflichtet gegen Erstattung dessen, was er für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet und der redliche Pfandnehmer nur gegen Erstattung dessen, was er gegen den Empfang der Sache dem Schuldner gegeben oder geleistet hat."

Hiemit ist für die Regulierung des Mobiliarverkehrs das System des preuß. Landrechts, des österr. u. sächs. A.Bürg.G.B. im Gegensatze zu der abweichenden Theorie des französ. Rechts u. (für gewisse Erwerbsverhältnisse) des deutschen Handelsrechts (Art. 306—308) u. des deutschen Wechs R. (Art. 74) adoptiert.

S. hierüber Dr. Weber, ehel. Güterrecht S. 76.

bung des Besitzes die fehlerhafte Besitzerwerbung seines Vorgängers gekannt hat, einen Anspruch.

IV. Die Hypothek.

Die ausschließliche Rechtsform für das Pfandrecht an Grundstücken ist die Hypothek.

1. Entstehung der Hypothek.

a) Die Hypothek entsteht durch die auf Grund der Bewilligung des eingetragenen Eigentümers erfolgte Eintragung einer bestimmten Summe in das Grundbuch (Konsens-Hypothek).

b) In der Eintragsbewilligung und demzufolge im Grundbuche kann vermerkt werden, daß die Hypothek zur Sicherheit für eine namhaft zu machende Schuld bestellt sei.

In diesem Falle liegt dem Gläubiger der Beweis der von ihm geltend gemachten Forderung sowie die Thatsache ob, daß zur Sicherheit derselben die Hypothek bestellt worden. Hierauf bezügliche Einreden unterliegen nicht den bei der Klage aus der Konsenshypothek angenommenen Beschränkungen.[15])

2. Grundsätze über die Konsens-Hypothek.

a) Durch die Hypothek erlangt der Gläubiger das Recht, die eingetragene Forderung im Wege der Exekution in das Grundstück beizutreiben.

b) Einreden.

Gegen die Klage des ursprünglichen Gläubigers gegen den ursprünglichen Schuldner sind Einreden aus der materiellen causa der Hypothek zulässig.

Gegen Klagen des ursprünglichen Gläubigers gegen einen späteren Eigentümer des Grundstücks sind dieselben Einreden statthaft, soferne das Recht der Geltendmachung aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Beklagten und dem ursprünglichen

---

[15]) Diese Sätze lassen sehr klar die Tendenz entnehmen, daß die abstrakt von der materiellen causa losgelöste Realschuld (sog. Grundschuld) des Mecklenb. u. neuen Preuß. Rechts als Normalhypothek in Aussicht genommen ist und die gemeinrechtliche accessorische Hypothek nur zum dispositiven Gebrauch der Parteien gewissermaßen als Ausnahmsfall, ja nur als überlästiges Stiefkind im neuen Rechte beibehalten werden soll.

Schuldner sich ergibt. Dasselbe gilt auch in betreff späterer Veränderungen, z. B. der Einreden der Zahlung, Stundung ꝛc. Nur die Einrede der Zinszahlung ist unbedingt zulässig. Gegen einen Cessionar des ursprünglichen Gläubigers (ohne Rücksicht, ob die Cession gegen Entgelt stattgefunden) sind Einreden, welche gegen einen Vormann statthaft gewesen wären, nur dann zulässig, wenn sich dieselben zur Zeit des Erwerbs der Hypothek aus dem Grundbuche oder dem Hypothekenbriefe ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sie sich gründen, dem Cessionar bekannt waren.[16])

c) Der eingetragene Eigentümer kann auf seinen Namen Hypotheken eintragen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über die Hypothek zu verfügen und auf andere die vollen Rechte des Hyp.-Gläubigers zu übertragen. Bei Zwangsversteigerungen kann er die Hypothek für sich gegen die Kaufgeldermasse geltend machen. Durch freiwillige Veräußerung erlangt er die vollen Rechte des Hypotheken-Gläubigers.

d) Die Hypothek wird nur durch Löschung im Grundbuche aufgehoben. Die Löschung erfolgt nur auf Antrag des eingetragenen Eigentümers. Der Antrag wird ersetzt durch richterliches Urteil, beziehungsweise durch Ersuchen des Gerichts oder anderer zuständiger Behörden."

---

[16]) Bei der accessorischen Hypothek dagegen wären hienach diese Einreden unbedingt zulässig. Allein wer würde sich zum Kaufe einer solchen Hypothek, bei welchem er im Wesentlichen auf die Ehrlichkeit des Cedenten angewiesen wäre, herbeilassen?

Man sieht, daß der accessor. Hypothek, diesem erprobten, einem wirklichen Rechtsbedürfnisse entsprechenden Institut, wovon selbst in Preußen trotz der gesetzlich zugelassenen Grundschuld beinahe ausschließlich im praktischen Leben Gebrauch gemacht wird, im Namen der theoretischen Konsequenz das Todesurteil gesprochen werden soll.

Erste Abteilung.

Das Deutsche Grundbuchs- und Hypotheken-Recht in seiner geschichtlichen Entwickelung.

§ 5.

Übersicht.

Das sogen. **Grundbuchssystem**, welches bereits in dem größten Teile von Deutschland und zwar auf Grund neuerer und neuester Partikulargesetzgebungen, in Österreich aber gewissermaßen von alters her und seit neuester Zeit (Allg. Grundbuch Gesetz vom 25. Juli 1871) in sehr entwickelter Ausbildung Geltung hat, wird wegen der enormen Vorteile, die dasselbe dem Immobiliarverkehr und Realkredit gewährt, ohne allen Zweifel auch in unserem künftigen deutschen R.C.G.B. eine sachgemäße Aufnahme finden.

Dieses System, welches formell im allgemeinen die **Veröffentlichung** der (dinglichen) Rechtsverhältnisse an Liegenschaften durch Ingrossierung derselben im Grundbuche bezweckt, begreift **materiell** nicht blos den Satz in sich, daß **prinzipiell** d. i. in der Regel für Eigentum und sonstige dingliche Rechte an Liegenschaften die Inskribierung dieser Rechte im Grundbuche ein Entstehungselement dieser Rechte bildet resp. (bei geringerer Energie der Durchbildung dieses Systems) diese Rechte wenigstens erst durch Inskribierung gegen Dritte wirken, sondern enthält auch noch ein weiteres sehr gewichtiges Prinzip, welches eigentlich erst den eben erwähnten primären Satz rechtspolitisch vollständig rechtfertigt — nämlich das Prinzip (publica fides), daß der auf

Grund und in Übereinstimmung mit dem Vortrage des Grundbuchs erfolgte gutgläubige (entgeltliche) Erwerb von dinglichen Rechten an Liegenschaften gegenüber allen (nicht verbuchten) Ansprüchen Dritter, für unantastbar zu erachten ist, so daß nicht blos der gutgläubige (entgeltliche) Hypotheken-Erwerb, sondern auch der gleich geartete Erwerb von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten an Immobilien, soferne er mit dem bisherigen Vortrage des Grundbuchs stimmt, wenigstens gegen Ansprüche Dritter absolut geschützt ist.

Hienach ist klar, daß das Grundbuchsrecht als Inbegriff der Normen über die Grundbuchsverfassung und der besonderen hinsichtlich der Eintragungen im Grundbuch und deren Wirkungen bestehenden Rechtssätze einen sehr erheblichen Teil jenes Rechtsstoffs absorbiert, den man bisher als nahezu ausschließlichen Bestandteil des Hypotheken-Rechts zu behandeln pflegte.

Überdies erhält aber auch manche hypothekenrechtliche Frage unter dem erweiterten Gesichtskreise des Grundbuchsrechts eine andere Lösung als bei Geltung des reinen Hypothekenbuchssystems, so daß das Hypothekenrecht in wichtigen Beziehungen nur erst unter dem größeren Rahmen des Grundbuchrechts seine vollständige dogmatische Behandlung finden kann.[17])

---

[17]) Zur Veranschaulichung dieser Behauptung diene folgendes einfache Beispiel. A verkauft und tradiert sein Wohnhaus an B unter Kreditgewährung; später aber verkauft er eben dieses Wohnhaus, da er sich über die Zahlungsfähigkeit des B getäuscht hat, an C und veranlaßt die Ingrossierung des letzteren als Eigentümer im Grund- resp. Hypothekenbuch. Dieser C bestellt nun auf dem fraglichen Wohnhause Hypothek für D, welcher Kenntnis von dem ganzen eben erwähnten Sachverhältnis hat.

Diese Hypothek ist nach dem Grundbuchsystem giltig, nach dem reinen Hypothekensysteme dagegen anfechtbar, weil im ersten Falle (Herrschaft des Grundbuchsystems) C wirklich Eigentümer des fraglichen Wohnhauses wurde und hieran selbst die Thatsache nichts geändert hätte, wenn etwa C von dem früheren Verkauf an B (also von der obligatorischen Gebundenheit des A) Kenntnis gehabt haben würde, während im zweiten Falle (Hypothekenbuchsystem) C nicht Eigentümer des Wohnhauses wurde und sohin, da Gläubiger D dieses wußte, eine mala fides des letzteren in Mitte liegt.

Eine richtige Systematik des Sachenrechts wird daher, wenn das Grundbuchsystem adoptiert wird, einen ganz erheblichen Kreis von Bestimmungen über Rechte an Liegenschaften wegen ihrer allgemeinen Natur auszuscheiden und als Bestandteil der allgemeinen Lehren des Sachenrechtes etwa unter dem Titel „Die allgemeinen Lehren des Grundbuchsrechts" zusammenzufassen haben. Hierher gehören z. B. die Grundsätze über die Grundbuchsverfassung, die Eintragung in die einzelnen Abteilungen des Grundbuchs, das Konsensprinzip, die Rangordnung der Eintragungen, die Anfechtbarkeit derselben, die publica fides, die Haftung der Buchbeamten und des Staats 2c.

Diese Systematik ist keineswegs etwa blos von theoretischer Bedeutung, sondern dieselbe wird auch — wenigstens thatsächlich — der legislativen Behandlung des Immobiliarsachenrechts, wenn solche anders eine erschöpfende werden soll, notwendig zu Grunde gelegt werden müssen, indem außerdem, wie die preuß. Gesetzgebung vom 5. Mai 1872 beweist, der Natur der Sache nach viele Bestimmungen, die für das ganze Immobiliarsachenrecht gelten sollen, nur in speziellen Teilen dieses Rechts also z. B. nur bei den Normen über das Eigentum an Liegenschaften vorgetragen werden würden, womit der Keim zu immerhin höchst mißlichen zahlreichen Kontroversen über die wichtigsten Fragen des Immobiliarsachenrechts gelegt wäre.[18])

Diese Betrachtung war die Veranlassung, die Materie der vorliegenden Arbeit, obgleich sie nur das Hypothekenrecht zum Gegenstand hat, in drei Hauptabschnitten zu behandeln, wovon die erste Abteilung eine kurze historische Entwicklung des deutschen Grundbuchsrechts, die zweite Abteilung aber eine dogmatische Beleuchtung der allgemeinen Lehren dieses Grundbuch-

---

[18]) Es ist gewiß ein großer Vorzug der Gesetzgebung, wenn sie die sogen. Kasuistik vermeidet, aber sie erinnert an die Metapher von Scylla und Charibdis, wenn sie an deren Stelle nicht solche gewichtige Sätze aufstellt, welche die gewollten Prinzipien klar erkennen lassen und unter dem Einfluß einer umsichtigen Beherrschung des organischen Zusammenhangs der einzelnen Materien verabfaßt sind.

rechts zu geben versucht, während die dritte Abteilung die speziellen Grundsätze des Hypothekenrechts zum Gegenstande hat, wobei selbstverständlich überall wesentlich der Gesichtspunkt der Reformbedürfnisfrage im Auge behalten wird.

Schließlich sei noch, ehe zu den nachfolgenden Erörterungen übergegangen wird, einem Grundgedanken, der dem ganzen Elaborat als Richtpunkt dient, Ausdruck gegeben.

Das formale Buchsrecht nämlich, so notwendig es zur Erreichung eines sicheren Verkehrs im Gebiete des Immobiliarsachenrechts ist, führt schlechterdings im praktischen Leben zuweilen zu Konflikten mit dem materiellen Rechte.

Eine gute Gesetzgebung wird jedoch einerseits bestrebt sein müssen, die Konfliktsfälle schon an sich auf das denkbar geringste Maß zu beschränken, andererseits aber für wirklich eintretende Konfliktsfälle, die nie ganz zu vermeiden sind, Mittel und Wege an die Hand zu geben haben, um dem materiellen Rechte wenigstens auf indirektem Wege soweit als nur immer möglich zum Siege zu verhelfen. Als Hauptziel der nachstehenden Arbeit ist daher der Gedanke zu betrachten, nur für eine Gesetzgebung der eben geschilderten Art als allein der Rechtsidee entsprechend nach Kräften zu wirken und nur für eine solche Gesetzgebung mit allem Patriotismus einzutreten.

Erstes Kapitel.

Die römische Traditionstheorie und die deutsche Auflassung.

§ 6.

Die römische Traditionstheorie.[19])

Der Erwerb von Eigentum an Mo- und Immobilien[20]) läßt sich vernunftgemäß in folgende Dreigliederung einteilen,

[19]) Die römische Traditionstheorie glaube ich deshalb einer eingehenden Erörterung unterstellen zu sollen, weil ich aus meinen Studien die Überzeugung gewonnen habe, daß die preußische und die von der Fachkommission vorgeschlagene „Auflassung" (abstrakter Vertrag) einerseits, wie unten § 7 nachgewiesen werden wird, keineswegs eine Reproduktion oder verbesserte Auflage der altdeutschen Auflassung ist, und daß sie vielmehr andererseits

wodurch sich zugleich die Verschiedenheit der Erwerbsarten begründet.[21])

Die erste weitaus überwiegende Kathegorie der Fälle des Eigentumserwerbs nämlich ist dann gegeben, wenn bereits jemand Eigentum an einer Sache hat, so daß es sich nur um den Erwerb des Eigentums an einer bereits im Eigentume eines andern stehenden Sache handelt.

Dieser Erwerb kann sich nun auf eine Succession gründen (derivativer Erwerb im Gegensatze zum originären Erwerb, der alle andern Erwerbsarten bezeichnet), und diese Succession wiederum entweder — und das ist der regelmäßige Fall — auf dem Willen des bisherigen Eigentümers beruhen (Erbschaft durch Testament oder Erbvertag, Vermächtnis, Tradition) oder ohne den Willen des bisherigen Eigentümers eintreten (Erwerb durch Richterspruch und Gesetz); es kann aber auch dieser Erwerb ohne Succession entstehen, so daß das Recht des Erwerbers nicht als ein Eintritt in das Recht des bisherigen Eigentums anzusehen, also originärer Erwerb ist; dahin gehört die Ersitzung, zum Teil die Verbindung, nach deutschen Partikularrechten aber auch die Expropriation und der Zuschlag in der notwendigen Subhastation (z. B. in Preußen, nicht so in Bayern).[22])

Die zweite Kategorie bildet der Eigentumserwerb an

---

nur eine Anwendung der römischen Traditionstheorie, wie solche die neueste Doktrin lehrt, auf das Grundbuchsrecht darstellt, diese neueste Doktrin über die rechtliche Natur der römischen Tradition aber überdies nach meiner Meinung eine irrige ist und jedenfalls in dem geltenden rezipierten Rechte keinen Boden hat, was eben im obigen § nachgewiesen werden soll.

[20]) Von einem speziellen Immobiliarsachenrecht des römischen Rechts kann man wohl nicht sprechen, da dieses Recht nur in verhältnismäßig unbedeutenden Beziehungen z. B. hinsichtlich der Zeit der Ersitzung Veranlassung nahm, den Unterschied zwischen beweglicher und unbeweglicher Eigenschaft der Sachen, der im deutschen Rechte (und ohne Zweifel auch in unserem künftigen R.C.G.B.) von so hoher systematischer Bedeutung ist, zu berücksichtigen.

[21]) Siehe hierüber Windscheid Pand. Bd. I § 170.

[22]) S. Stobbe Deutsches Priv.R. Bd. II § 92 S. 167 u. 177.

herrenlosen (auch derelinquierten) Sachen (Okkupation, wozu der Schatz gehört), welche nach R. R. — nicht nach deutsch. R. — meistens demjenigen zufallen, der sich ihrer bemächtigt, und die dritte Kategorie endlich der Eigentumserwerb an neuen Sachen, soferne sie nicht als herrenlose Sachen zu betrachten sind (wie z. B. die Insel im Meer), mögen sie nun auf organischem Wege (organische Erzeugnisse) oder durch menschliche Thätigkeit (Arbeitsprodukte) hervorgebracht sein, wovon die ersteren in der Regel in das Eigentum des Eigentümers der erzeugenden Sache, die letzteren aber — mit gewissen Beschränkungen — in das Eigentum des Verfertigers fallen.[23])

Das preuß. Landrecht unterscheidet zwischen mittelbaren und unmittelbaren Erwerbsarten und rechnet zu den ersteren allen Eigentumserwerb, der durch einen Willensentschluß des bisherigen Eigentümers erfolgt — also den Erwerb durch testamentarische oder vertragsmäßige Erbfolge, durch Vermächtnis, Tradition und (bei Immobilien) Auflassung, während aller übrige Eigentumserwerb unter den Begriff der unmittelbaren Erwerbsarten fällt.

Von diesen Erwerbsarten ist nun die praktisch weitaus wichtigste jene zu der ersten Kategorie gehörige Erwerbsart, wonach der Eigentumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigentümers und zwar durch Erklärung unter Lebenden (im Gegensatze

---

[23]) Ich führe die Kategorien des Eigentumserwerbs deshalb schon hier an, weil einerseits hiemit das Terrain der preuß. Auflassung wohl am genauesten fixiert wird und weil ich andererseits schon jetzt in den Gesichtskreis der Beachtung die später unten bei Besprechung der neuesten Gesetzgebungen über das Immobiliarsachenrecht behandelte Frage, deren Lösung bei Einführung des Grundbuchsystems nicht umgangen werden kann, gezogen haben möchte, nemlich die wichtige Frage, ob blos in den Fällen der gemeinrechtlichen Tradition wie in Preußen oder auch für andere Erwerbsarten des Grundeigentums die Ingrossieruug als Erwerbselement gefordert werden soll und ob weiter insbesondere nicht einzelne Eigentumserwerbsarten — hauptsächlich die Ersitzung für das Immobiliarsachenrecht nicht gänzlich oder relativ aufzuheben seien, um die mit dem Grundbuchsystem bezweckten Sicherungen des Rechtsverkehrs auch in Wirklichkeit zu erreichen

zu Willenserklärungen von Todeswegen) d. i. gemeinrechtlich durch formlosen Vertrag in Verbindung mit gleichzeitiger oder nachfolgender, körperlicher oder symbolischer Übergabe der Sache erfolgt — also die gemeinrechtliche Tradition (derivative Erwerbsart).

Diese Eigentumserwerbsart des R.R. (Tradition) war erst eine Schöpfung des sogen. jus gentium d. i. jenes internationalen Privatrechts, welches ausgehend von der naturalis ratio zunächst für den Verkehr der Peregrinen (Nichtrömer) unter sich und mit römischen Bürgern galt, später aber sich zu einem gemeinschaftlichen Rechte aller auf römischem Boden als rechtsfähig anerkannten Personen überhaupt (jus omnium hominum commune) ausbildete und wegen seiner scharfsinnigen stets im Hinblick auf die jeweiligen Lebensbedürfnisse nach den Grundsätzen der Billigkeit erfolgten Entwicklung bis zur Stunde das genialste Rechtserzeugnis im Gebiete des Privatrechts geblieben ist — trotz der Schwächen, die demselben gerade bezüglich der auch für Immobilien geltenden Traditionstheorie ankleben.

Das alte römische Recht nämlich, ein streng nationales Stammesrecht der römischen Bürger (jus civile oder jus Quiritium), dem gegenüber das jus gentium (prätorisches Recht) erst nach und nach zur Geltung gelangte, forderte bekanntlich für die alienatio (Veräußerung durch den bisherigen Eigentümer), soferne civiles oder quiritisches Eigentum — und das war im ältesten römischen Recht die einzige Eigentumsart — übertragen werden sollte, die mancipatio (bei res mancipi und dazu gehörte hauptsächlich der italische Grund und Boden) oder die in jure cessio (bei res mancipi und nec mancipi), zwei rein formelle Erwerbsarten, bei welchen es weder auf den materiellen Rechtsgrund (Kauf, Schankung ꝛc.) noch auf die gleichzeitige Übergabe der Sache selbst ankam, die erstere einen Scheinkauf mit Erz und Wage vor fünf Zeugen, die letztere (in jure cessio) eine Scheinvindikation vor Gericht (Prätor) darstellend.[24])

Neben diesem im strengsten Formalismus sich bewegenden alt-

---

[24]) S. Dr. Quaritsch, Institut. u. Rechtsgesch. §§ 14, 109, 110 u. 118.

römischen Civilrechte mit seinem quiritischen Eigentum und seinen civilen Eigentumserwerbsarten machte sich jedoch schon bald, nachdem das letztere in dem Gesetze der XII Tafeln (451 v. Chr. G.) eine Art Kodifikation erhalten hatte, das prätorische Recht mit seinem prätorischen oder bonitarischen Eigentume und seinen natürlichen (prät.) Eigenthumserwerbsarten, wozu in erster Linie die Tradition gehört, sowie hauptsächlich durch die besonderen Rechtsmittel, welche es zum Schutz des gutgläubigen Eigentumserwerbs einführte, in hohem Maaße geltend, indem zunächst der Prätor jenen, der von dem quiritischen Eigentümer eine Sache (anfangs nur bei res mancipi) erkauft und tradiert erhalten hatte, also wegen Mangels einer in Mitte liegenden mancipatio oder in jure cessio nicht Eigentümer wurde, gegen die Vindikation aus dem zurückgebliebenen quiritischen Eigentum des Veräußerers mit der exceptio rei venditae et traditae oder exceptio doli schützte, diese Einrede aber in der Folge dem Beklagten auch dann gewährte, wenn er die Sache von einem Nichteigentümer erkauft und tradiert erhalten hatte, und dieser Verkäufer, nachdem er später Eigentum an dem Kaufsobjekte erworben, die Vindikation gegen den Käufer erhob.[25])

Sodann verlieh aber der Prätor (Publicius) weiter jenem, der nur durch Kauf und Tradition erworben hatte, auch ein direktes der civilrechtlichen Vindikation nachgebildetes Schutzmittel — die Publiciana in rem actio,[26]) mittelst welcher der Mangel des Vorhandenseins eines quiritischen Eigentums, welches das Fundament der Vindikationsklage bildete, durch die Fiktion einer in Mitte liegenden vollendeten Usukapion (orginäre Erwerbsart) ersetzt wurde, soferne nur die Voraussetzungen des ange-

---

[25]) Dr. Quaritsch loc. c. § 133.

[26]) Da auch bezüglich der exceptio rei venditae et traditae und der Publiciana die wichtige Frage entsteht, ob und in wie weit diese Rechtsmittel im Gebiete des Immobiliarsachenrechts bei Adoptierung des Grundbuchsystems noch aufrecht zu erhalten sind, so wird ein kurzer historischer Rückblick auf die Entwicklung derselben sich aus den in der vorigen Note aufgeführten Gründen als zweckmäßig darstellen.

fangenen Usukapionsbesitzes (res habilis titulus, fides) vorlagen, und sohin der erhebliche Vorteil geboten wurde, daß, wenn der redliche Erwerb sich auf einen derivativen Titel stützte, neben dem Erwerbsgrunde nicht auch noch wie bei der Vindikation das Recht des Auktor (Vorbesitzers) nachgewiesen werden mußte, so daß dieses Rechtsmittel auch dem quiritischen Eigentümer von großem praktischen Nutzen war.

Diese Klage wurde weiterhin bald nicht mehr blos dem redlichen Käufer, sondern überhaupt jedem redlichen Erwerber d. h. jedem gegeben, der die redliche Überzeugung hatte, daß er sich die (usukapinnsfähige) Sache aneignen dürfe, soferne dieser Glaube nur in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung fand, mochte nun der Titel ein derivativer (hauptsächlich Tradition) oder ein originärer (hauptsächlich Okkupation), ein indirekter oder ein direkter (z. B. Erbschaft)[27]) oder gar nur (wie bei der Ersitzung) ein putativer sein.[28])

Übrigens war und blieb der Wert und die Bedeutung der Publiciana ihrer ganzen Natur nach, da sie sich im Gegensatze zu der Vindikation nur auf fiktives Eigentum stützte, immer nur ein relativer d. h. sie schützte den redlichen Erwerber nur gegen jeden Minderberechtigten, sie schützte also nicht gegen den (quiritischen, später überhaupt) wirklichen Eigentümer, soferne nicht der exceptio dominii des letzteren die replica rei venditae et traditae entgegengesetzt werden konnte, und nicht gegen einen gleichberechtigten redlichen Erwerber, der nach dem Grundsatze in pari causa melior est conditio possidentis Sieger blieb, wobei jedoch hervorgehoben werden muß, daß, wenn Kläger und Beklagter von demselben Nichteigentümer erworben hatten, derjenige vorging, welcher die Sache vom gemeinschaftlichen Auktor zuerst erworben hatte. (So Neratius gegen Ulpian.)

---

[27]) Es war also sogar der Besitzerwerb nicht nötig in jenen Fällen, in welchen der Besitz nicht zu den Erfordernissen des die Erwerbsart bildenden Titels gehörte.

[28]) S. Dr. Quaritsch loc. c. § 133. Puchta Pand. § 173. Windscheid Pand. Bd. I § 199.

Endlich war die Publicana nicht bloß nach Analogie der Vindikation in den Fällen der Vorenthaltung der Sache, sondern auch nach Analogie der actio negatoria in den Fällen wegen Eingriffs in die Eigentumsrechte gewährt d. h. der Negatorienkläger konnte seine Klage durch den Beweis des Usukapionsbesitzes begründen. (So jetzt fast allgemein nach dem Vorgange Puchta's — Rhein. Mus. I S. 182, angenommen.)

Diese Sätze blieben, nachdem der Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentum seit den Zeiten Konstantins verschwunden und insbesondere an die Stelle der mancipatio und in jure cessio die Tradition getreten war, in der Gesetzgebung Justinians († 565 nach Christi Geb.) im wesentlichen aufrecht erhalten und bilden also in der Hauptsache einen Bestandteil unseres gemeinen Rechts — nur natürlich mit den entsprechenden Modifikationen, indem selbstredend nunmehr der Mangel des quiritischen Eigentums oder einer civilen Erwerbsart als solcher nicht mehr in Betracht kommt, also der Vindikation nicht mehr das quiritische Eigentum, sondern das Eigentum überhaupt zu Grunde liegt, und der Publiciana nicht mehr die Einrede des quiritischen Eigentums, sondern die exceptio dominii überhaupt entgegengesetzt werden kann, und insbesondere die exceptio rei venditae et traditae nun überhaupt die Fälle umfaßt, wenn der Vindikant oder dessen Auktor dem Beklagten oder dem Auktor desselben die Sache zu Eigentum tradiert hat unter Umständen, welche zwar den Eigentumsübergang, nicht aber die aus einem obligatorischen Verhältnisse entstandene Verbindlichkeit, die Sache dem Beklagten zu belassen, ausgeschlossen haben, so daß diese exceptio — und das ist ihr charakteristisches Merkmal — aktiv und passiv auf den Sondernachfolger übergeht.[29])

Die Hauptfrage für unsere Arbeit ist nun aber die, welcher Gattung von Rechtsakten die römische und nun gemeinrechtliche Tradition, welche soeben in dem Rahmen ihrer geschichtlichen Genesis dargelegt wurde, eigentlich angehört, beziehungsweise, welche Thatsachen die Begriffsmomente derselben bilden?

---

[29]) S. Puchta Pand. § 171. Windscheid Pand. I § 197.

In dieser Beziehung antwortet die neuere Doktrin in der Hauptsache folgendes: die Verträge sind nicht bloß Quellen von Obligationen (obligatorische Verträge), sondern es gibt auch Verträge, aus welchen unmittelbar dingliche Rechte erwachsen (dingliche Verträge).

Dieser Satz ist unendlich wahr[30]), wie z. B. gerade die römische Hypothek, da sie schon durch formlosen Vertrag (ohne Besitzübergabe) entsteht, am Besten beweist.

Ferner sagt die neueste Doktrin: es gibt Verträge, bei welchen es auf den individuellen Bestimmungsgrund des Versprechens (Kauf, Schankung zc.) nicht ankommt, vielmehr „die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf den Leistungsinhalt ausschließen[31])."

Und es läßt sich ja auch ganz gewiß nicht leugnen, daß es solche abstracte Verträge in Menge gibt, und zwar sowohl im modernen Rechte (z. B. Wechsel) als auch ganz hervorragend im altrömischen Rechte, das bekanntlich einen exquisit formalen Charakter hatte (z. B. das Nexum, die Stipulatio, die mancipatio und in jure cessio), wobei ich die für den Gesetzgeber sehr wichtige Frage, ob solche Verträge ganz allgemein oder nur unter Einhaltung bestimmter Formen rechtswirksam sein sollen, hier dahin gestellt sein lasse.

Nun aber behauptet die neueste Doktrin weiter: die Tradition ist ein Vertrag und, da sie dieß ist, so hat sie natürlich die Natur eines dinglichen Vertrags; sie hat aber auch, da es bei ihr nur auf den Übereignungswillen ankomme, die Qualität eines abstrakten Vertrags.

Der Vater dieser Theorie ist Savigny, welcher (in seinem Syst. 3 § 140), um Beispiele für das Vorhandensein von dinglichen Verträgen anzuführen, bemerkt: „So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden; denn sie enthält von beiden Seiten die

---

[30]) Über die Bedeutung des Vertrags im inneren Staatsrecht und Völkerrecht, s. Dr. Weber, ehel. Güterrecht S. 143.

[31]) Windscheid Pand. Bd. II § 318 und 319.

auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äußere Handlung hinzutreten muß, hebt das Wesen des zu Grunde liegenden Vertrags nicht auf."

Diese Theorie hat viele Anhänger gefunden und unter diesen gibt Windscheid[32]) derselben wohl den schärfsten Ausdruck, indem er die abstrakte Erklärung der Parteien, Eigentum übertragen und erwerben zu wollen, als einen speziellen „Eigentumsübertragungsvertrag" charakterisiert, der zu seiner Giltigkeit einer gewissen Form, nemlich der Besitzübergabe (Tradition) bedürfe, und zur Entwicklung seiner Ansicht ausdrücklich beifügt: „Die Tradition ist der Eigentumsübertragungsvertrag; ohne sie ist derselbe ohne alle rechtliche Bedeutung oder hat höchstens obligatorische Wirkung; auch wenn der Eigentumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt. Die Tradition ist sog. Formal- nicht Materialakt. Der Wille als solcher erzeugt rechtliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund.

Der Bestimmungsgrund der Tradition ist Erkenntnisquelle für den Eigentumsübertragungswillen, nicht dasjenige, was ihm rechtlichen Bestand gibt."

Allein diese äußerst abstrakte, wenn auch geistreiche Theorie, welche, wie bereits erwähnt, der Preuß. Auflassung trotz ihres Deutschen Kostüms ganz genau, nur natürlich unter Anpassung an das Grundbuchsystem zu Grunde liegt, indem die Auflassungserklärung den abstrakten Vertrag, die Inskribirung aber die Verkörperung des Übereignungswillens (an Stelle der Besitzübertragung) darstellen soll, findet meines Erachtens schon in den röm. Rechtsquellen keine genügende Rechtfertigung.

Das R. R. unterschied mit dem ihm eigentümlichen Scharf-

---

[32]) S. dessen Pandekt. (5. Aufl.) Bd. I § 171 und 172.

sinne bezüglich der Eigentumsübertragung sehr deutlich zwei Momente: das obligatorische und dingliche Element, wenn sie auch im Leben, besonders beim Mobiliarverkehr unzähligemalige in Einem Akte zusammentreffen, und verordnet demgemäß, daß, wenn das die Eigentumsübertragung bezweckende Rechtsgeschäft über die Sphäre des Obligationenrechts hinauswirken und dinglichen Effekt haben, also Eigentum in der That übertragen soll, hiezu noch ein weiteres Element kommen müsse, welches geeignet ist, Dritten den Eigentumswechsel erkennbar zu machen, und dieses Element erblickt das R. R. in der Besitzübertragung, in der körperlichen oder symbolischen Besitzeinweisung des Erwerbers, also in einer Handlung, die dem obligatorischen Momente vorhergehen, mit demselben gleichzeitig erfolgen, aber auch demselben nachfolgen kann, allein nimmermehr hat dasselbe diese Handlung resp. Besitzthatsache als integrirenden Bestandteil, als Form eines Vertrages aufgefaßt, sondern als einen ganz selbständigen, zu dem betreffenden Rechtsgeschäfte hinzukommenden Rechtsakt behandelt.

Dieß ergibt sich nach meinem Dafürhalten sehr klar aus den bekannten Stellen.

Lex 31 pr. Dig. de acquir. rer. dominio 41, 1: „nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“ und L. 20 Cod. de pactis 2, 3: „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“, indem diese Stellen wenigstens nach ihrem Wortlaute auf das Deutlichste betonen, daß weder durch bloßen Vertrag, noch durch bloße Tradition, sondern durch das Vorhandensein dieser beiden Momente Eigentum übertragen werde, nicht aber, daß die Tradition, die in Parallelle mit der Usucapion gestellt wird, die Form eines Eigentumsübertragungsvertrags sei.

Zwar stellt Julian in lex 36 Dig. de acqu. rer. dom. 41, 1 ganz allgemein den Satz auf:

„Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi

obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi.

Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus".

Allein Ulpian negirt gerade diese eben aufgestellte Regel (constat ꝛc.) und entscheidet, daß, wenn ein Irrtum der Parteien über das materielle Rechtsgeschäft in Mitte liegt, Eigentum auf den Empfänger nicht übergeht, in lex 18 pr. Dig. de reb. cred. 12, 1, die lautet:

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias. Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque, nummos accipientis non fieri[33]), cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti".

Wäre die Tradition nach Anschauung der Römer ein abstrakter Vertrag gewesen, so hätte diese Kontroverse — und das ist und bleibt sie trotz unzähliger Versuche der Vereinigung dieser beiden Stellen — überhaupt gar nicht auftauchen können, da hienach notwendig ein Irrtum bezüglich des materiellen Rechtsgeschäfts irrelevant gewesen wäre, und es ist eine reine petitio principii, wenn man sich, wie Windscheid[34]), für Julian deshalb entscheidet, weil dessen Ansicht dem Prinzip entspreche.

Man wird vielmehr das Prinzip für den rechtlichen Charakter der Tradition in der allegierten lex 31 Dig. de acqu. rer. dom. 41, 1 erblicken müssen, wonach sie als solche überhaupt

---

[33]) Man sieht, daß hienach auch das für die neue Doktrin aus der Konditionentheorie geschöpfte Argument nicht stichhaltig ist, indem hienach dem Übergeber offenbar gegen den Empfänger insolange als das übergebene Geld nicht verbraucht ist, die Vindikation, und wenn es verbraucht ist, wenigstens formell die Kondiktion zusteht.

[34]) S. Windscheid, Pand. Bd. I § 172 Note 15.

kein Vertrag, sondern eine zu einem materiellen Rechtsgeschäfte — welches ja gar nicht immer ein Vertrag ist, z. B. nicht bei Heimzahlung eines Darlehens — hinzutretende rechtliche Thatsache ist, wodurch der in dem Rechtsgeschäft enthaltene Wille Eigentum zu geben und zu nehmen verwirklicht und das dingliche Recht (Eigentum) übertragen wird.[35])

Ich bin weit entfernt zu leugnen, daß für die Eigentumsübertragung der Wille Eigentum zu geben und zu nehmen materiell von entscheidender Bedeutung ist, aber eine praktische Gesetzgebung — und das war die röm. Gesetzgebung — wird nicht ohne die äußerste Not, welche indeß keineswegs vorliegt, diesen Willen von seiner natürlichen Grundlage d. i. dem materiellen Rechtsgeschäfte, aus welchem allein dessen Vorhandensein und dessen Modalitäten mit Sicherheit beurteilt werden können, loslösen und die Übereinstimmung des Übereignungswillens der Parteien für sich allein auch wieder zu einem selbständigen Rechtsgeschäfte, zu einem selbständigen abstrakten Vertrage erheben.

Eine solche Rechtsbildung, die, wie die Preuß. Auflassung zeigt, zu einer wahren Superfötation von Verträgen führt, — indem hienach neben dem abstrakten Auflassungsvertrage, da doch niemand z. B. ein Haus einem Anderen ohne materiellen Rechtsgrund übereignen wird, immer noch ein weiterer materieller Vertrag in Mitte liegen wird, dem schließlich doch die Kraft, zur Grundlage einer Anfechtung der Auflassung intra partes zu dienen, von der Gesetzgebung eines Kulturstaates nicht versagt werden kann (§ 10 des Preuß. E.E.Ges. v. J. 1872), — entspricht der konkreten Natur des neueren Röm. Rechts nicht und dient nicht zur Vereinfachung, sondern zur Verdunklung und leicht sogar zum Mißbrauche des Rechts.

Wäre indeß auch die Tradition nach den römischen

---

[35]) S. Puchta, Pand. § 148 und Vorles. hiezu S. 294.
v. Scheuerl, Beiträge z. Bearb. des Röm. Rechts S. 190 ff.
Gneist, formelle Verträge S. 115.
Brinz S. 1438.
Karlowa, Rechtsgeschäft S. 204 ff.

Rechtsquellen, über deren Inhalt man im Hinblick auf die sich widersprechenden Stellen immerhin wird streiten können, in der That ein abstrakter Formalvertrag gewesen, wogegen übrigens schon sozusagen der Geburtsschein der Tradition als eines Kindes des jus gentium spricht, welches sich, wie bereits erwähnt, gerade im Gegensatze zu dem formalen Charakter des altrömischen Rechts herausbildete, so ist es doch ganz zweifellos, daß die Tradition in diesem Sinne bei uns, wo das R. R. bekanntlich durch Gewohnheitsrecht rezipiert wurde, niemals aufgenommen worden ist, indem vielmehr aus unzähligen Akten der freiwilligen und streitigen Rechtspflege, sowie aus den von den Einflüssen des R. R. beherrschten Landesgesetzgebungen sich mit unabweisbarer zwingender Gewalt die tausendfältig in Lapidarschrift konstatierte Rechtswahrheit ergibt, daß man bei uns den Eigentumsübergang durch Tradition stets als einen solchen Rechtsvorgang auffaßte und in der Praxis noch auffaßt, der sich aus einem materiellen Rechtsgeschäfte und der Besitzübertragung zusammensetzt, ja, daß man sogar in einzelnen Partikularrechten (z. B. im Preuß. Landr.) noch weiter ging und jede Art dinglicher Rechte nach Analogie der Tradition an einen titulus und modus acquirendi knüpfte — allerdings eine Verirrung der älteren Doktrin und dieß um so mehr, als man hiebei auch noch ganz andere juristische Thatsachen als Rechtsgeschäfte z. B. Gesetze, rechtskräftige Erkenntnisse zu Titeln stempelte. Allein die Gegenströmung gegen diese ältere Doktrin überschießt das richtige Ziel, wenn sie als Tradition ein auf der Höhe des abstrakten Denkens geschöpftes Rechtsgebilde adoptiert wissen will, welches selbst den Juristen bis auf die neuere Zeit unbekannt war, dem Volksgeiste aber — und den hat eine nationale Gesetzgebung in erster Linie zu beachten — stets ein sibyllinisches Buch, stets unverständlich und fremd sein und bleiben wird.

Ich werde nun in den nachstehenden Paragraphen eine kurze historische Revue über die Deutsche Auflassung, hierauf über die Römische und Deutsche Hypothek zu geben versuchen und derselben sodann zum Schluß dieses Abschnitts in

möglichst knapper Form eine geschichtliche Entwicklung des Kampfes zwischen Römischem und Deutschem Rechte und des Sieges des Deutschen Rechts in den neueren und neuesten Deutschen Legislationen folgen lassen.

Allein ehe ich zur Lösung dieser Aufgabe übergehe, erachte ich es für sachgemäß, hier wenigstens eine kurze Notiz über die Entwicklung der Traditionstheorie im Französischen Rechte, welches sich bekanntlich bei den Rheinländern einer merkwürdigen Anhänglichkeit erfreut, einzuschalten und dieß um so mehr, als ich die Überzeugung hege, daß die franz. Gesetzgebung hinsichtlich der Übertragung des Eigentums an Immobilien trotz ihrer Schwächen viel mehr in Fühlung mit dem Volksgeiste geblieben ist als unsere neueste Legislation über die Auflassung.

Auch in Frankreich, woselbst unbestritten vor der Rezeption des Röm. Rechts in den Provinzen des droit coutumier hinsichtlich des Eigentumsübergangs an Grundstücken das germanische Recht, also die Auflassung vor Zeugen und später vor Gericht (s. § 7) die Herrschaft hatte, wurde die Römische Traditionstheorie ganz in demselben Sinne, wie bei uns rezipiert[36]), wovon eine unermeßliche Menge von Notariatsurkunden Zeugnis gibt, in welchen sich nicht die Spur von abstrakten Verträgen findet, vielmehr das materielle Rechtsgeschäft, auf welches allein der Schwerpunkt gelegt erscheint, sehr gründlich beurkundet und sodann statt der Besitzübertragung eine die letztere vertretende Klausel beigefügt wurde, und war die Entwicklung kurz folgende:

---

[36]) So sagt Pothier in seinem traité du droit de domaine (S. 137): C'est un principe du droit romain, qui est suivi dans notre droit français, que ce n'est ordinairement, que par une tradition réelle ou feinte, que le domaine de proprieté d'une chose peut passer d'une personne à une autre, et qu'une simple convention ne serait pas suffisante, pour la transférer" und bei Erläuterung der Coutume d' Orleans (Bd. XV S. 55): „Il y a certaines clauses, qu'on oppose quelquefois aux contrats de vente, de donations 2c. 2c., lesquelles sont censées une tradition feinte, faute la chose 2c. 2c. Dans notre coutume la simple clause de dessaisine saisine dans les actes pardevand notaire s'équipolle aussi à tradition."

Nachdem, wie eben angedeutet, wenigstens hinsichtlich der Immobilien das Rechtsgefühl der Nation sich gegen die Tradition als Bedingung des Eigentumsübergangs ablehnend verhielt und diesen Übergang vielmehr an den Notariatsakt knüpfte, welcher das materielle Rechtsgeschäft beurkundete, so wurde in diesen Akten, um dem positiven Rechte zu genügen, konstant — ähnlich wie es ja auch bei uns, da, wo noch die Römische Traditionstheorie gilt, bis zur Stunde der Fall ist, — an Stelle der wirklichen Besitzeinweisung eine Floskel des Inhalts beigefügt, daß Verkäufer 2c. den Besitz auf den Käufer übertragen wissen wolle oder für denselben besitze (constitutum possessorium — tradition feinte) 2c. 2c.

Es war daher nur eine Sanktion des im Volke vorhandenen Rechtsbewußtseins, als der Code Napoléon, nachdem sich die angeführte Rechtsgewohnheit Jahrhunderte hindurch aufrecht erhalten hatte, den Rechtssatz aufstellte (Art. 711, 1138 und 1583), daß der Übergang des Eigentums (an Mo- und Immobilien) schon „par l'effet des obligations", also schon durch Vertrag — ohne Tradition — bewirkt werde[37]).

Allein so richtig und dem Rechtsbewußtsein entsprechend es einerseits war, bezüglich des Eigentumsübergangs den Schwerpunkt auf das materielle Rechtsgeschäft zu legen, so war doch andererseits diese Gesetzgebung mindestens hinsichtlich des Grundbesitzes fehlerhaft, da nun das für Eigentum und sonstige ding-

---

[37]) Bezüglich der Mobilien hat indeß der Code selbst das Prinzip des Eigentumsübergangs ohne Tradition für das praktische Leben bedeutend abgeschwächt und dem Besitzmoment eine sehr gewichtige Funktion zugeteilt durch den bekannten Grundsatz (Art. 2279): „en fait de meubles, la possession vaut titre", indem hienach bewegliche Sachen von dem redlichen Besitzer nicht vindiziert werden können; nur, wenn die Sachen dem Eigentümer verloren gegangen oder gestohlen worden sind, ist ihm auf die Dauer von drei Jahren eine Vindikation gegen den redlichen Besitzer gestattet, wobei jedoch Ersatzleistung von dem Vindikanten zu gewähren ist, wenn der Besitzer die Sache auf einem Markte oder bei öffentlicher Versteigerung erworben hat.

Conf. hiezu Note 14.

liche Rechte an Sachen, insbesondere an Liegenschaften bestehende Bedürfnis der Erkennbarkeit dieser Rechte nach Außen (gegen Dritte), welche Aufgabe eben die Tradition nach der Ansicht der Römer erfüllen sollte, gar nicht mehr befriedigt erschien und somit für den Immobiliarverkehr und den Realkredit die so notwendige sichere Grundlage fehlte.

Durch Gesetz vom 23./26. März 1855 wurde daher das bekannte Prinzip des franz. Civilrechts, — welches bereits zur Zeit der Republik (Ges. v. 11. Brumaire VII) aufgestellt, jedoch im Code nur hinsichtlich der Schankungen berücksichtigt worden war, — adoptiert, daß die Eigentumsübertragung an Grundstücken Dritten gegenüber nur durch Eintragung in die Register wirksam werde, indem dieses Gesetz bestimmt (Art. 1), daß jeder Vertrag, durch den Eigentum an unbeweglichen Sachen übertragen wird, inskribiert werden muß und daß (Art. 3), bis dieses geschehen ist, das Eigentum Dritten, die ein Recht an der in Frage stehenden Sache erworben haben, nicht entgegengehalten werden kann.

Dieses Transskriptionssystem — man könnte es das französische Grundbuchsystem nennen — ist indeß, wie nun auch von den Rheinischen Juristen so ziemlich allgemein anerkannt wird, nicht empfehlenswert, da es eine Art Duplizität des Eigentums nemlich ein formelles und materielles Eigentum erzeugt und sohin die nie ganz vermeidlichen Konfliktsfälle zwischen formellem und materiellem Rechte nicht mit der Energie und in dem Maße reduziert wie unser Grundbuchsystem.

§ 7.
Die Deutsche Auflassung.

Die römische Tradition leistet, wie bereits mehrfach angedeutet, jedenfalls hinsichtlich des Grundbesitzes dasjenige nicht, was sie leisten soll, und genügt also dem realen Rechtsbedürfnisse nicht, da der Besitzübergang selbst dann, wenn er faktisch erfolgt und nicht bloß in einem symbolischen Akte oder in einem bloßen constitutum possessorium besteht, als ein vorübergehender unter

den Kontrahenten vorgenommener Akt Dritten gegenüber den vollzogenen Eigentumswechsel niemals sicher und bei Feldgrundstücken insbesondere überhaupt gar nicht erkennbar erscheinen läßt, so daß demjenigen, der eine Liegenschaft zu Eigentum erwerben oder sich hieran ein anderes dingliches Recht, hauptsächlich eine Hypothek konstituiren lassen will, die genügende Garantie für das Vorhandensein des wirklichen Eigentumsrechts des Auktors, sowie eine zuverlässige Information über das Maß der bereits bestehenden dinglichen Belastungen (Hypothek, Reallast 2c. 2c.) nicht geboten wird.

Das Deutsche Recht hat diesen Fehler vermieden, indem es statt der Tradition zur vertragsmäßigen Übertragung von Eigentum oder sonstigen dinglichen Rechten an Liegenschaften einen öffentlichen Akt — die Auflassung[38]) — forderte, sohin für das Immobiliarsachenrecht das Prinzip der Publizität aufstellte und hiemit die Grundlage für einen enormen Realkredit geschaffen hat.

Obgleich die Geschichte dieser deutschrechtlichen Auflassung in neuester Zeit der Gegenstand vielfacher mit bewunderungswürdiger Gelehrsamkeit und Gründlichkeit angestellten Untersuchungen gewesen ist[39]), so „sind wir" — sagt selbst Stobbe in dem unten

---

[38]) Ursprünglich scheint das Wort „Auflassung" nur den Verzicht auf den Besitz, das Aufgeben des Besitzes bedeutet zu haben, allein später bezeichnete man mit Auflassung die gesamten Parteihandlungen, wodurch der Veräußerer sein Grundstück auf einen Andern übereignete.

Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. II § 94 Note 18.

[39]) z. B. Stobbe, die Auflassung des Deutschen Rechts in von Ihering's Jahrb. XII 1872 S. 137—272.

Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters 1869 und in der kritischen Viertelj.Schrift XV 1873 S. 382 und 403 ff.

Heusler, Gewere 1872.

Sohm, das Recht der Eheschließung 1875 S. 79 ff.

Derselbe, fränkisches Recht und römisches Recht 1880 S. 27 ff. (in der Zeitschr. R.G. XIV).

Besonders Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I Berlin 1880.

angeführten Handbuche des Deutsch. Pr.R. Bd. II S. 185 — „in vielen Beziehungen noch nicht zu festen, unbestrittenen Resultaten gelangt und stehen sich noch sehr abweichende Ansichten gegenüber."

Ich beschränke mich daher in der vorliegenden Arbeit, indem ich auf die unten zitierte neueste Litteratur und wiederholt auf die bereits erwähnte vortreffliche Abhandlung von Henle in der Deutschen Not.Ztg. v. J. 1883 Seite 145 ff. verweise, auf nachstehende kurze, übrigens aus anstrengendem Studium geschöpfte Notizen über die historische Entwicklung der Deutschen Auflassung:

1) Zur Zeit der sog. Volksrechte — bekanntlich der ältesten Rechtsdenkmale in Deutschland, welche bald nach der großen Völkerwanderung aufgezeichnet wurden, — erfolgte die Übertragung des Eigentums an Grundstücken in der Art, daß der veräußernde Teil unter Accept des Erwerbers öffentlich **vor Zeugen**[40]) erklärte, er wolle auf Grund eines Kaufs-, Schankungs-, Tauschvertrags 2c., also einer bestimmten unterliegenden materiellen causa, die angegeben wurde, das Eigentum an dem betreffenden Grundstücke auf den Anderen übertragen und den Besitz aufgeben d. i. dem Anderen das Grundstück auflassen (se exitum dicere), wobei er zugleich zur symbolischen Bekräftigung seines Übereignungswillens dem anderen eine Erdscholle, ein Stück Rasen, einen Baumzweig u. dergl. übergab.

Dieser Akt, welcher in den Quellen sala oder (deutschrechtliche) traditio genannt wird, übertrug volles Eigentum, mochte er nun auf dem Grundstücke selbst — was in den ältesten Zeiten aller Wahrscheinlichkeit nach stets der Fall war — oder fern von

---

Für das neueste Recht:
von Roth, Bayer. Civ.R. Bd. II § 136 und
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Berlin 1883, bes. Bd. I §§ 94 und 95.

[40]) Die früher vielfach aufgestellte Behauptung, daß auch schon in älterer Zeit die Auflassung eine gerichtliche sein mußte, wird nach den Untersuchungen von Brunner und Stobbe nun nach langem Streite wohl von keiner Seite mehr aufrecht erhalten werden.

demselben vorgenommen worden sein, jedoch pflegte in letzterem Falle eine feierliche Einweisung in den Besitz (investitura, gewere) nachzufolgen, indem der Veräußerer den Erwerber auf das Gut führte und ihm vor Zeugen unter symbolischen Formen den Besitz übertrug (reale Investitur).

Allein diese faktische Besitzeinweisung bedingte, wie gesagt, nicht den Eigentumsübergang[41]), vielmehr konnte der Erwerber auf Grund der Auflassung, die ihn allein schon zum Eigentümer machte, sich eigenmächtig in den Besitz setzen und hatte nicht bloß gegen den Veräußerer eine Klage auf Einweisung, sondern konnte auch von dritten Personen, denen etwa derselbe Veräußerer die Liegenschaft später tradiert, und den Besitz hieran faktisch übertragen hatte, die Abtretung des Besitzes fordere.

Neben der eben geschilderten volksrechtlichen Übereignungsform entwickelte sich aber auch bei verschiedenen Deutschen Stämmen eine Eigentumsübertragung an Grundstücken in der Art, daß vor Zeugen über das materielle Rechtsgeschäft eine Urkunde aufgenommen und dem Erwerber übergeben wurde, wodurch gleichfalls ohne faktische Besitzeinweisung Eigentum überging[42]).

2) Zur Zeit der Rechtsbücher (also im Mittelalter bis zur Zeit der Rezeption des Röm. Rechts) wurde im Hinblick auf das damals geltende Prinzip der absoluten Beweisbarkeit der vor Gericht erfolgten Handlungen, die Auflassung mehr und mehr im echten Ding (Volksgericht), — wie dieß auch schon teilweise in der vorigen Periode zur Zeit der Merovinger (zuerst im Königsgerichte, dann im Volksgerichte) der Fall gewesen war — vorgenommen, indem der Veräußerer im echten Dinge — also vor Gericht — erklärte, daß er auf Grund des in Mitte liegenden

---

[41]) Nach einem übrigens viel bestrittenen Gesetze Ludwigs des Fr. soll jedoch die reale Investitur zum Eigentumsübergang dann erforderlich gewesen sein, wenn die Auflassung außerhalb der Grafschaft, in welcher das Grundstück gelegen war — also außerhalb des forum rei sitae — vorgenommen worden war.

[42]) Brunner hat das Verdienst, in dem oben Note 39 angeführten bedeutsamen Werke dieses aus dem Röm. Rechte in den Provinzen erwachsene Vulgarrecht zuerst dargestellt zu haben.

materiellen Rechtsgeschäfts sein Recht aufgebe und auf den Anderen übertrage, worauf der Richter, wenn auf seine gestellte Umfrage Niemand Einsprache erhob, den von den Schöffen gefundenen Spruch verkündete, daß das Recht nun auf den Erwerber übergegangen sei und daß Jeder, der den Erwerber in seinem Besitze und Rechte störe, den Frieden d. i. den rechtmäßigen Zustand gebrochen habe. Es entstund nach Jahr und Tag, beim Mangel einer Anfechtung, rechte Gewere d. i. Präklusion aller Rechte (bei dem Akte nicht zugegen gewesener) Dritter an der aufgelassenen Liegenschaft.

Die gerichtliche Bestätigung des Akts erfolgte also in den Formen des Prozesses und zwar offenbar nach vorgängiger schöffengerichtlicher Prüfung des ganzen materiellen Rechtsgeschäfts, indem nach der Natur der Sache unmöglich angenommen werden kann, daß Richter samt Schöffen nur als Publikationsorgane einer abstrakten Auflassungserklärung fungiert haben.

In einzelnen Orten nahm die Auflassung auch die Gestalt an, daß der Veräußerer nicht dem Erwerber, sondern dem Richter das Recht aufließ, welcher letztere es sodann dem Erwerb ganz so, wie wenn derselbe es durch einen Prozeß erstritten hätte, durch Richterspruch übertrug, so daß der Erwerber, der sein Recht hienach vom Richter und nicht (direkt) vom Veräußerer ableitete, selbst dann, wenn der Auktor nicht Eigentümer oder nicht dispositionsfähig war, soferne binnen Jahr und Tag der Erwerb von dritten Personen nicht angefochten wurde, also der Erwerber binnen Jahr und Tag im unangefochtenen Besitze geblieben war, eine rechte Gewere, unanfechtbares Eigentum erlangte.

Schon sehr frühe wurde es in vielen Orten und schließlich überall (wo überhaupt die Auflassung galt) üblich, daß die vor Gericht oder vor dem Stadtrate — an welchen in einzelnen Städten die freiwillige Gerichtsbarkeit vom echten Ding übergangen war — geschehenen Auflassungen in den Gerichtsbüchern, Stadtbüchern, Verlaßbüchern (libri resignationum) ꝛc. ꝛc. protokolliert wurden.

Und so charakterisiert sich denn überhaupt zur Zeit der Rechtsbücher der Rechtszustand bezüglich des vertragsmäßigen Übergangs der Immobilien, deren Besitz erst das Vollmaß de

öffentlichen Rechte in Staat und Gemeinde begründete, dahin, daß in der weitaus überwiegenden Anzahl der Deutschen Rechtsgebiete infolge konstanter Übung der Rechtssatz entstund und galt, daß das Eigentum an Immobilien in den Vertragsfällen nur erst durch gerichtliche Auflassung beziehungsweise — in einzelnen Gebieten — erst durch Eintrag in das Gerichts- oder Grundbuch übergehe, während die Besitzeinweisung überall (wo die Auflassung galt) nicht als Erfordernis des Eigentumserwerbs angesehen wurde.

Allein auch das zu Grunde liegende materielle Rechtsgeschäft wurde von diesem Publizitätsprinzip ergriffen, also erst durch die gerichtliche Auflassung zur Perfektion befördert, indem es in und mit der Auflassung naturnotwendig verbunden war.

Dieß ergibt sich schon aus der logisch-praktischen Erwägung, daß eine völlige Loslösung des Willens von seinem Grunde undenkbar ist, sohin nur die Willensäußerung abstrakt sein kann, eine abstrakte, also in ihren Motiven und Zwecken an sich nicht erkennbare Willensäußerung aber doch unmöglich den Gegenstand einer gerichtlichen, am wenigsten einer schöffengerichtlichen Bestätigung bilden kann.

Allein auch die Quellen lassen den unzertrennlichen Zusammenhang des obligatorischen und dinglichen Elements in der Auflassung sehr klar erkennen und setzen diese Verbindung als selbstverständlich voraus.

So heißt es z. B. in den Dortmunder Statuten v. J. 1332:

„Volumus, ut omnium emptionum sive venditionum tractatus super possessionibus domibus 2c. et aliis bonis immobilibus 2c. resignationesque predictorum venditionis aut emptionis tempore fiant in praesentia vestrorum consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimodo pertractentur, pertractata vero libro civitatis inserantur, ipsoque libro insignitá temporibus se offerentibus in hujus modi casibus pro judicato per vos inantea teneantur."

Sehr zutreffend schildert daher auch der bekannte vorzügliche, auf einem sehr beachtenswerten Quellenstudium beruhende Kommissionsbericht des Preuß. Herrenhauses zum Preuß. Eig.-

Erw.Ges. v. J. 1872 die Deutsche Auflassung mit den Worten: „Das Wesen der Auflassung lag in der Öffentlichkeit, in der persönlichen Manifestation des Willens der Contrahenten vor dem Richter, in dem symbolischen Übergabsakte und in der richterlichen Mitwirkung durch Eintragung; Veräußerungs- und Auflassungsakt waren eins, von einer Trennung des Veräußerungsgeschäfts von der die Übergabe darstellenden Auflassung war nirgends die Rede[43]."

Auch Dernburg bemerkt auf Grund seiner von einer anerkannten praktischen Einsicht beherrschten Quellenstudien in seinem Preuß. Priv.R. sowohl in der früheren Auflage als auch in der neuesten dritten Auflage (1881) Bd. I S. 584: „Die Verwandtschaft der heutigen (d. i. der Preußischen und der nun auch von der Fachkommission vorgeschlagenen) Auflassung mit dem gleichnamigen älteren Institut beruht mehr auf der äußeren Form — nemlich der Vollziehung des Akts vor dem Richter der belegenen Sache — als auf der inneren Bildung. Denn bei der gerichtlichen Auflassung des älteren Rechts wurde das zu Grunde liegende Veräußerungsgeschäft mitverlautbart. Unsere Auflassung hingegen ist ein sog. abstraktes Geschäft, da sie den Erwerb des Eigentums auf die nakte, von jeder Beziehung auf das zu Grunde liegende Geschäft absehende Willenserklärung der Übereignung gründet ꝛc. ꝛc.[44]."

3) Mit der Rezeption des Röm. Rechts, welches in Deutschland gegen Ende des 14. Jahrh. nach Einführung der einheimischen Universitäten eine umfassendere Anwendung erhielt,

---

[43]) S. Höinghaus, die neuen Preuß. Grundbuchs- und Hyp.Ges. S. 49.

[44]) Dernburg hat sich also in dieser Ansicht weder durch den Vorwurf Förster's (Theorie und Praxis des heutigen gem. Preuß. Pr.R. Bd. III S. 225), daß eine solche Ansicht „eine ganz unhistorische sei" noch durch die Untersuchungen Stobbes die Auflassung des Deutschen Rechts (s. Note 39) und auch nicht durch die speziell gegen seine Anschauung gerichteten Ausführungen von Achilles in Gruchot's „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen R." (Jahrg. XXI 1877 Seite 1 ff.), irre machen lassen.

seit Mitte des 16. Jahrh. aber die Herrschaft als gemeines Recht erlangte und die Schöffengerichte verdrängte[45]), hielt auch bei uns die oben geschilderte Römische Traditionstheorie, sowie die Röm. Hypothek ihren Einzug, und es begann jener Jahrhunderte fortgeführte Kampf zwischen dem Deutschen und dem Röm. Rechte, welcher im Gebiete des Immobiliarsachenrechts und insbes. in jenem des Realkredits eine heillose Verwirrung herbeiführte, bis endlich die positiven Gesetzgebungen einschritten und in ihrer Fortentwicklung nach und nach dem Deutschen Rechte in der Hauptsache den Sieg verschafften.

Nachdem aber diese partikulären Gesetzgebungen wesentlich mit dem Hyp.Rechte zusammenhängen und die Erlassung derselben hauptsächlich in dem Sinken des Realkredits ihren Anstoß erhielten, so ist es zweckmäßig, diese Gesetzgebungen erst am Schlusse dieses Abschnitts in das Auge zu fassen, und nun zunächst zu versuchen, ein kurzes Bild von der historischen Entwicklung der Römischen und Deutschen Hypothek zu geben.

Übrigens — das möchte ich noch betont haben — hat das Publizitätsprinzip im Gebiete des Immob.Sach.R. in sehr vielen Deutschen Rechtsgebieten trotz sonstiger Annahme des R. R. seine Geltung niemals vollständig verloren und blieb vielmehr aufrecht erhalten, nur mit der Modifikation, daß nun die Auflassung nicht mehr in den allgemeinen Volksversammlungen, sondern vor den rechtsgelehrten Richtern, resp. den Stadträten vorgenommen wurde und daß die Form der Auflassung sich änderte, indem nunmehr der Schwerpunkt auf die gerichtliche Protokollierung des materiellen Rechtsgeschäft und auf die Einträge in die öffentlichen Bücher gelegt wurde[46]).

Zum Schlusse will ich noch ein Stück Gesetzgebung vorführen, welches zwar schon dieser dritten Periode angehört, allein ein merkwürdig klares Bild von der Deutschen Auflassung nach Aufhebung des echten Ding entrollt und durch Rückschluß den

---

[45]) S. Dr. Weber, ehel. Güterr. S. 64.

[46]) S. Stobbe Deutsch. Pr.R. Bd. II § 94 S. 194.

Beweis liefern dürfte, daß auch das materielle Rechtsgeschäft wohl stets einen Bestandteil der Auflassung gebildet hat und sohin dem Publizitätsprinzip unterworfen war.

Dieses Stück denkwürdiger Legislation ist folgende Stelle in Tl. I Tit. III des Stadtrechts von Lüneburg, Ülzen und Zelle v. J. 1679:

„Wer sein Hauß oder Erbe einem andern verkauft, der ist schuldig vor allen Dingen selbst oder durch seinen Vollmächtigen mit dem Käufer auf das Rath-Hauß für dem sitzenden Rath zu gehen und seine Gerechtigkeit, die er an solchem Hause oder Erbe in Siegeln oder Briefen hat, zu verlassen und sich derselben zu verzeihen, auch zu bitten um Mitttheilung eines neuen Hauß-briefes; wann solches geschehen und befunden wird, daß *Käufer* und *Verkäufer*, des *Kaufgeldes einig*, auch der Verkäufer eine redliche und rechtliche Ankunft zu dem Hause oder Erbe gehabt, so wird die Auflassung *gestattet* und müssen alsdann Käufer und Verkäufer vor das Niedergericht gehen und wenn daselbst der *Verkäufer* des *Kaufes* geständig ist und dem Käufer mit *Hand* und *Munde* das Erbe oder Haus aufläßt, so wird durch die *Gerichts-Befehlshaber* dem Hause Friede gewirkt und der *Kauf bestätigt* also, daß, wer etwas darin zu sagen hat, solches innerhalb Jahr und Tag mit Recht thun muß, darauf auch der Käufer den Besitz des Hauses erlanget und die alten Hauß-briefe getilget und neue aufgerichtet werden."

Zweites Kapitel.

Die Römische und die Deutsche Hypothek.

§ 8.

Die Römische Hypothek. (Römisches Pfandrecht.)*)

Dem Kreditbedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens ist nicht immer schon damit genügt, daß der Gläubiger mit Eintritt der

---

*) Auch unser modernstes Hyp.Recht ist aus Deutschen und *Röm. Rechtssatzungen* zusammengesetzt und spielen die *letzteren* hiebei eine viel größere Rolle, als gemeiniglich angenommen wird. Mit Rücksicht

Fälligkeit seiner Forderung das zu dieser Zeit vorhandene Gesamtvermögen des Schuldners, wie dieß ja die Regel bildet, als Exekutionsobjekt in Angriff nehmen darf, indem das Aktivvermögen des Schuldners in seiner wirklichen Größe sich schon a priori nicht immer mit Sicherheit als erkennbar erweist und überdies innerhalb des zwischen der Kontrahierung und Fälligkeit der Schuld gelegenen Zeitraums mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Qualität des Schuldners und etwaige finanzielle Unglücksfälle, die sich jeder menschlichen Voraussicht entziehen, immerhin bedenkliche Wandlungen erfahren haben kann.

Das Kreditbedürfnis verlangt vielmehr nicht selten, daß schon bei der Kreditgewährung, abgesehen von der Haftbarkeit des schuldnerischen Vermögens, noch anderweitige ausreichende Sicherheit für die Realisierung der Forderung geboten wird.

Diese Sicherheit kann nun einerseits dadurch ermöglicht werden, daß für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners, außer dem letzteren selbst, noch andere (solvente) Personen primär oder subsidiär (Bürgschaft) persönlich mit ihrem Vermögen einstehen,[47]) andererseits aber auch dadurch, daß dem Gläubiger

---

hierauf sowie auf unsere Rechtswissenschaft, die wenigstens im Gebiete des Civilrechts wesentlich auf dem Röm. R. fußt, ist es daher unmöglich, pfandrechtliche Fragen de lege ferenda zu behandeln, ohne fortgesetzt auf das R. R. zu rekurrieren. Ich war daher in der Lage, entweder im speziellen Teile dieser Arbeit stets sporadisch in umfangreicher Weise auf das R. R. zurückzukommen oder gleich hier zu versuchen, ein möglichst vollständiges Bild der praktischen Gestaltung des R. Pfandr. zu geben. Es schien mir nun zweckmäßig und übersichtlicher, diesen letzteren Weg einzuschlagen, infolgedessen der obige Paragraph einen Umfang erhielt, der zwar mit dem Titel dieser Arbeit nicht zu stimmen scheint, jedoch vor dem forum des wirklichen Sachkenners als vollkommen gerechtfertigt erachtet werden dürfte.

[47]) Auf dieser persönlichen Mithaftung mehrer Personen für Eine Forderung beruht zu einem sehr erheblichen Teile unser großartiger moderner Mobiliarkredit und hauptsächlich unser enorm entwickelter Wechselverkehr, wenn er sich auch formell in Gestalt von primären Obligationsverhältnissen bewegt.

Von den zahlreichen hierher gehörigen Societätsgebilden unserer

bestimmte Vermögensobjekte des Schuldners oder eines Dritten in der Art zur Verfügung gestellt werden, daß er aus diesen Gegenständen, mögen sie bei dem Verpfänder verbleiben oder auf einen Anderen übergehen, durch deren Tauschwert (unter Umständen auch schon durch deren Gebrauchswert) mit Vorzug vor etwaigen Rechten Dritter hieran und bezieh. ohne Rücksicht auf solche Rechte Dritter, mit Zuverlässigkeit Deckung für seine Forderung bei deren Fälligkeit schöpfen kann. — Diese zweite Art Sicherheit zu schaffen ist die Aufgabe des Pfandrechts.[48])

Eine dem praktischen Kreditbedürfnisse entsprechende Pfandgesetzgebung wird sohin — konkreter ausgedrückt — im wesentlichen dafür Sorge tragen zu haben, daß einerseits (positiv) unter Voraussetzung des guten Glaubens des Pfandnehmers schon bezüglich der Entstehung des Pfandrechts, dessen Rechtsgültigkeit trotz mangelnden oder beschränkten Eigentumsrechts des Verpfänders nicht alteriert wird, wenn nur die im Gesetze zu bestimmenden äußerlichen Kriterien der (sachlichen) Dispositionsberechtigung des Verpfänders vorhanden sind, und daß überdies (negativ) unter gleicher Voraussetzung des guten Glaubens die Wirksamkeit des Pfandrechts durch allenfallsige den Wert des Pfandgegenstands mindernde Rechte Dritter hieran nicht beeinträchtigt wird, soweit nicht diese Rechte zu der im Gesetze vorzuschreibenden Veröffentlichung gelangt waren. Andererseits aber hat die Gesetzgebung das Prinzip durchzuführen, daß jedenfalls alle nach der Entstehung des Pfandrechts erwachsenden Rechte Dritter an dem Pfandgegenstande dem zuvor erworbenen Pfandrechte gegenüber nicht in Betracht kommen und resp. demselben unter allen Umständen nachstehen müssen.

Das Röm. Recht nun, von dem in der nachstehenden

Zeit möchte ich nochmals auf die Reiffeisen'schen Darlehenskassenvereine aufmerksam gemacht haben, da solche gar nicht genug empfohlen werden können.

[48]) Die Überwindung der etwa mangelnden Zahlungswilligkeit des Schuldners ist keine spezifische Aufgabe des Pfandrechts und gehört wenigstens in der Hauptsache überhaupt nicht dem Civil-, sondern dem Prozeßrechte, insbes. dem Gebiete der Zwangsvollstreckung an.

Erörterung zunächst die Rede ist, hat den Sicherheitszweck, dem das Pfandrecht zu dienen hat, dadurch zu erreichen versucht, daß es dem Pfandrechte, indem es ein solches Jahrhunderte lang nur an körperlichen Sachen gestattete, dinglichen Charakter beilegte, so daß der einmal verpfändete Gegenstand auch in der Hand des Singularsuccessor dem Pfandnexus unterworfen blieb, und weiter dem Pfandgläubiger nach und nach das Recht gewährte, die Pfandsache auch ohne vertragsmäßige Bewilligung des Schuldners zum Zwecke der Tilgung der Schuld verkaufen zu dürfen. Kritischer wurde jedoch die Frage über das Wesen des Pfandrechts, als der Kreis der Pfandrechtsgegenstände immer mehr erweitert und schließlich sogar auf Forderungen und das Pfandrecht selbst wieder (subpignus) ausgedehnt wurde.

Es ist indes für unsere Aufgabe durchaus notwendig, sich das Römische und sohin gemeinrechtliche Pfandrecht[49]) doch etwas näher anzusehen, da unser Deutsches Pfandrecht trotz mehrfacher prinzipieller Abweichungen von dem Röm. Pfandrechte immerhin seine feinere Ausgestaltung und den hohen Grad seiner dermaligen Vollkommenheit mindestens zum Teil den scharfsinnigen Distinktionen der Röm. Rechtsquellen und unserer hierauf beruhenden juristischen Bildung zu verdanken hat.

Ich ermangle daher nicht, eine kurze historisch-dogmatische Skizze des Röm. Pfandrechts hier folgen zu lassen:

Das Röm. Recht hat die Pfandrechtsidee in drei Formen zum Ausdruck gebracht, wobei vor Allem ganz besonders betont werden muß, daß diese Formen in ganz gleicher Weise für bewegliche und unbewegliche Gegenstände gelten.

Die älteste Form des Pfandrechts war bekanntlich die Fiducia, wonach das Pfandrecht entstund durch förmliche Eigentumsübertragung von körperlichen Sachen an den Gläubiger mittelst der Mancipation oder der Cession vor Gericht, woran sich ein obligatorischer Vertrag (pactum fiduciae) des Inhalts

---

[49]) Das unstreitig beste Werk über das R. Pfandrecht hat Dernburg verabfaßt, betitelt „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Röm. Rechts" I. Band 1860, II. Band 1864.

schloß, daß die übereigneten Sachen nach Tilgung der Schuld zurückgegeben werden müssen, zu welchem Zwecke dem Schuldner die (infamierende) fiduciae actio directa eingeräumt war.

Der Pfandrechtsgedanke war also dadurch realisiert, daß dem Gläubiger wirkliches Eigentum an den eigentlich nur zur Sicherheit bestimmten Wertsgegenständen auf Treu und Glauben d. i. in dem Vertrauen übertragen wurde, daß der Gläubiger diese Gegenstände nach Abtragung der Schuld wieder zurückgeben werde. Der Rückerwerb erfolgte wiederum durch Mancipation oder Cession, konnte aber auch durch Ersitzung (usureceptio fiduciae) geschehen.

Eine spätere Form des Pfandrechts, neben welcher übrigens die Fiducia bis zu den Zeiten Constantins einherging,[50]) war das pignus im engeren Sinne d. i. das Faustpfand oder Besitzpfand, welches Pfandrecht durch einfache Tradition entstund und bestellt wurde durch den dem jus gentium angehörigen contractus pigneraticius, in Kraft dessen der Schuldner die übergebenen Pfandgegenstände nach Lösung der Schuld mit der pigneratitia actio zurückfordern konnte.

Die letzte Form des R.Pfandrechts endlich war die **Hypothek** d. i. jenes Pfandrecht, welches sofort durch einfachen Pfändungsvertrag (pactum hypothecae — dinglichen Vertrag) ohne Besitzübertragung entsteht und ursprünglich dadurch ein eigenes dingliches Recht wurde, daß der Prätor dem Gläubiger eine eigene dingliche Klage (actio serviana)[51]) gab, um sich im Falle

---

[50]) In das Just. Recht ist die Fiducia nicht übergegangen und hat daher bei uns keine Reception erhalten. Windscheid (Pand. Bd. I § 224 Note 2) behauptet zwar, daß auch heutzutage noch die Eigentumsübertragung als Form für Sicherung einer Forderung verwendet werden könne z. B. bei Kautionen, die durch Einzahlung einer Geldsumme gestellt werden. Allein die fragl. Kautionen dürften doch wohl richtiger unter dem Gesichtspunkte des sogen. pignus irregulare civilistisch zu konstruieren sein, während im Übrigen Verpfändungen in Form der Eigentumsübertragung als Simulationen zu behandeln sein werden, denen gegenüber insbesondere das sogen. Pfändungspfandrecht unserer R.C.P.O. seine volle Wirksamkeit entfaltet.

[51]) Die actio Serviana war ursprünglich lediglich dem Verpächter

seiner Nichtbefriedigung in den Besitz der verpfändeten fremden Sache setzen zu können.

In der Folge wurde jedoch einerseits auch dem Hypothekschuldner die actio pigneratitia als actio utilis gegen den Gläubiger auf Rückgabe der in dessen Besitz gelangten verpfändeten Sachen nach Tilgung der Schuld und andererseits auch dem Faustpfandgläubiger die actio Serviana als utilis actio, um sich den etwa verloren gegangenen Besitz wieder zu verschaffen, gewährt. So wurde Faustpfand und Hypothek einander nach und nach im wesentlichen (nach Meinung anderer vollständig) gleichgestellt [52]) und gingen in dem gemeinsamen Begriffe eines dinglichen Rechts an fremder Sache auf.

Jedenfalls bildete die Besitzübertragung nun nicht mehr ein Begriffsmoment des Pfandrechts und war vielmehr eine Besitzübertragung mit dem Pfandrechte wohl verträglich, aber für die Entstehung desselben nicht mehr wesentlich. [53])

Der Faustpfandvertrag enthielt nun alle Elemente eines hypothekarischen Vertrags und nur daneben noch ein eigentümliches Element — nämlich die Besitzübertragung, [54]) welche jedoch, wie gesagt, nicht mehr eine Bedingung für die Entstehung des Pfandrechts war, sondern nur einige besondere rechtliche [55]) und hauptsächlich faktische Vorteile verschaffte.

Als wesentlicher Inhalt des Pfandrechts entwickelte sich neben dem erwähnten Besitzrechte d. i. der Befugnis des Gläu-

---

gegeben, um sich in den Besitz des vom Pächter eingebrachten und für den Pachtzins durch Vertrag verpfändeten Wirtschaftsinventars setzen zu können.

[52]) Marcian, einer der letzten klassischen Juristen sagt daher in lex 5 § 1 Dig. de pign et. hyp. 20,1: „Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.“

[53]) Puchta Pand. § 103. Windscheid P. Bd. 1 § 224 Note 3.

[54]) Regelsberger Bayr. Hyp.R. Abth. I S. 27.

[55]) So darf z. B. der Faustpfandgläubiger die Früchte der verpfändeten Sache auch dann auf Zinsen verrechnen, wenn ihm aus der Forderung selbst Zinsen nicht versprochen worden sind. Auch hat er die Klage auf Herausgabe der Sache vor Fälligkeit der Schuld. Windscheid Pand. Bd. I § 234 und 235.

bigers, sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz der Pfandsache zu setzen und damit eine Pression auf den Schuldner behufs Zahlung der Schuld auszuüben,[56]) schon bald — das sog. Distraktionsrecht (jus distrahendi) d. h. das Recht des Gläubigers, die verpfändete Sache selbst zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse derselben befriedigt zu machen. Dieses Verkaufsrecht stand nämlich dem Gläubiger nach altröm. Rechte (s. die Note 56) nicht schon kraft der Verpfändung, sondern nur infolge besonderer Nebenabrede zu.

Nachdem aber diese Nebenabrede traditionell wurde, entstund durch Gewohnheitsrecht — nicht durch das prätorische Edikt — der Rechtssatz, daß mit der Verpfändung dieses Verkaufsrecht von selbst gegeben sei, und wurde dieses Recht schon zu den Zeiten Ulpians (ermordet als praefectus praetorio im J. 228 n. Chr. G.) als ein dem Pfandrechte immanenter Begriff angesehen, so daß selbst die Verabredung, der Gläubiger solle nicht verkaufen dürfen, für unwirksam erachtet wurde und nur den Gläubiger nötigte, den Verpfänder dreimal von der Verkaufsabsicht zu verständigen (denuntiatio), während diese Anzeige in den übrigen Fällen nur einmal zu erfolgen hatte.

Das Faust- oder Besitzpfand ist wie die Fiducia nur an körperlichen Sachen (also z. B. nicht an einer Forderung) möglich. Mit der Einführung der Hypothek d. i. des Pfandrechts ohne Besitzübertragung aber erhielt das Pfandrecht hinsichtlich der Gegenstände desselben eine enorme Erweiterung, indem nunmehr alles, was überhaupt den Verkauf zuläßt, als verpfändbar ange-

---

[56]) Im praktischen Leben hat man sich jedoch ohne Zweifel auf diese Pression, die dem Gläubiger übrigens immerhin schon das Eigentum an den Früchten der verpfändeten Sache auf Rechnung der Zinsen und eventuell der Hauptforderung verschaffte, keineswegs beschränkt, sondern durch Nebenabredungen z. B. durch die oben im Texte erwähnte Einräumung des Verkaufsrechts und insbesondere durch die Klausel beholfen, daß dem Gläubiger die Pfandsache bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Schuld zu Eigentum verfallen sein soll, indem diese Klausel erst unter Konstantin und zwar mit rückwirkender Kraft verboten wurde (lex commissoria), nachdem offenbar der Wucher seine gemeinschädlichen Orgien gefeiert hatte.

sehen wurde,[57]) „sowohl Sachen als auch Rechte (Nießbrauch, Superficies, Emphyteuse) sogar Forderungsrechte (pignus nominis) und das Pfandrecht selbst (subpignus, Afterpfand), ferner sowohl einzelne Sachen und Rechte (Spezialverpfändung) als auch kollektiv bezeichnete Komplexe von solchen und selbst ein ganzes Vermögen d. i. alle einzelnen gegenwärtigen und künftigen Aktivbestandteile desselben (Generalverpfändung).“ [58])

In dieser Gestaltung hat nun das Pfandrecht Aufnahme in die Just.Kompilation und sohin auch bei uns mit der Reception des R.R.Eingang als „gemeines Recht“ gefunden.

Dasselbe läßt sich in dieser letztern als gemeines Recht geltenden Entwicklung auf nachstehende charakteristische Momente zurückführen, wobei jedoch nur diejenigen Punkte in das Auge gefaßt sind, welche für die Fragen über die künftige Gestaltung des modernen Pfandrechts von Bedeutung sind.

I. Was zunächst den Begriff des Röm.Pfd.R. betrifft, so ist derselbe in der neuesten Doktrin, und zwar gerade unter den Koryphäen derselben streitiger als jemals.[59])

[57]) L. 9 § 1. Dig de pig. 20,1. Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

[58]) Dr. Quaritsch Instit. S. 141.

[59]) Dernburg loc. c. S. 96 und ff. unterscheidet zwischen dem eigentlichen stets dinglichen Pfandrecht (Sachenpfandrecht) und „einem Pfandrecht im weiteren Sinne“ (pignus an Rechten), welches letztere nicht ein individuelles Rechtsgebilde wie die Obligation, die Servitut, sondern ähnlich der Schankung, der Dosbestellung ein allgemeiner Charakter sei, welchen Rechtsgeschäfte verschiedener Art annehmen können.

Sohm, die Lehre vom subpignus S. 12 definiert: „Pfandrecht ist das mit unmittelbarer Macht über ein Objekt ausgerüstete Recht auf denjenigen Teil des Vermögenswerts desselben, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht“, und findet also die Einheit des Pfandrechtsbegriffs im Inhalte des Pfandrechts, indem er zugleich beifügt, daß die je nach dem Objekt verschiedene „Form“ dieser Befugnis untergeordneter Natur sei, indem das Pfandrecht bald als dingliches Recht (Sachenpfandrecht) bald als „Recht am Rechte“ auftrete. Allein zu welcher Kategorie der römischen Rechtsgebilde gehört dieses Recht am Recht? Das wäre aber gerade die Frage.

Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte S. 119 sagt: „Pfand-

Man ist zwar so ziemlich darüber einig, daß im wesentlichen das R. Pfdr. sich als Recht eines Gläubigers erweist, für seine Forderung im Nichtberichtigungsfalle derselben sich aus einem fremden Vermögensgegenstande durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen.

Allein, nachdem die Verschiedenheit der Pfandrechtsgegenstände auch eine Verschiedenheit der Gestaltung dieses Befriedigungswerkes erzeugt, so entsteht die nicht bloß theoretisch, sondern auch praktisch wichtige Frage, zu welcher Gattung von Rechten die erwähnte pfandrechtliche Macht des Gläubigers gehört und ob überhaupt das R. Pfandrecht eine einheitliche Rechtsfigur oder vielmehr nur eine Gruppe von juristisch verschiedenen, nur durch ökonomische Zwecke verbundenen Rechtsschöpfungen ist, insbesondere aber, ob die Einheit des Pfandrechtsbegriffs in einer überall dinglichen oder überall obligatorischen Natur des Pfandrechts zu erblicken ist?

So wird auf der einen Seite von bedeutenden Autoritäten[60]) behauptet, daß das R.Pfdr. stets ein Forderungsrecht sei, weil es sich immer einer Forderung nur als accessorisches Element beigeselle und auch die Quellen die bei den Forderungsrechten übliche Terminologie beim Pfandrechte sehr häufig zur Anwendung bringen

---

recht ist das dingliche Recht an einem fremden Vermögensrechte, zufolge dessen der Pfandgläubiger sich den Wert des Pfandobjekts in Anrechnung auf eine ihm zustehende Forderung aneignen darf," und erklärt also einerseits alles Pfandrecht als dingliches Recht und andererseits aber auch und zwar sogar das Sachenpfandrecht als ein Recht am Rechte (Recht am Eigentumsrechte ꝛc. ꝛc.).

Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 45 definiert: „Pfandrecht ist das mit absoluter Macht über sein Objekt ausgerüstete Recht eines Gläubigers, sich bis zum Betrage seiner Forderung aus dem Werte eines fremden Vermögensrechts zu befriedigen" und ist also der Ansicht, daß alles Pfandrecht, auch das Sachenpfandrecht nicht dingliches, sondern immer nur absolutes Recht sei. Über die Meinungen von Büchel, Windscheid und Exner siehe oben den Text.

[60]) Büchel, Civilist. Erört. I S. 259 ff., Vangerow, Pand. I § 363 Anm. 2, Sintenis, Civilrecht I § 67 Anm. 2.

(z. B. für verpfänden und Verpfändung die Worte obligare und obligatio).

Diese Ansicht steht indeß mit der ganzen historischen Entwicklung des Pfandrechts und mit den Quellen, welche das Pfandrecht wiederholt ausdrücklich als jus in re bezeichnen und mit dem Nießbrauche zusammenstellen, sowie insbesondere auch mit den Grundelementen der actio hypothecaria in Widerspruch und gipfelt schließlich in den Fällen, in welchen sich die Pfandklage gegen den Dritten d. i. persönlich nicht verhafteten Besitzer des Pfandgegenstands richtet, in der mindestens unnatürlichen Idee eines „dinglichen Forderungsrechtes", also einer Art Personifikation der Sache, welche ähnlich wie sonst eine Person Schuldnerin des Pfandgläubigers sein soll.

In diametralem Gegensatze zu dieser Ansicht vertreten andere höchst geachtete juristische Celebritäten den Satz, daß das Pfandrecht stets, also auch wenn eine Forderung dessen Gegenstand bildet, ein dingliches Recht sei.

Hierher gehört hauptsächlich Windscheid,[61]) welcher indeß für die Fälle der Verpfändung der Emphyteuse, Superficies, des Ususfruktus und der Forderungen die eigentümliche Wendung gebraucht, daß „man in diesen Fällen das Pfandrecht ein dingliches Recht nur in demselben uneigentlichen Sinne wird nennen dürfen, in welchem man die Vermögensrechte zu den Sachen zählt, und man wird sich hüten müssen, aus der Natur der eigentlichen dinglichen Rechte für das Pfandrecht in diesen Fällen Konsequenzen zu ziehen."

Allein insoweit als Emphyteuse, Superficies und Ususfruktus den Gegenstand der Verpfändung bilden, ist nicht abzusehen, warum diese Rechte dadurch, daß sie in die Machtsphäre des Pfandgläubigers zum Zwecke der Befriedigung seiner Forderung gebracht werden und also lediglich durch den Pfandrechtszweck begrenzt erscheinen, ihre wesentliche juristische Natur abstreifen und aufhören sollen, eigentliche dingliche Rechte zu sein.

---

[61]) Pand. Bd. I § 224 in fine u. § 227 Seite 730.

Was aber die Forderung als Gegenstand der Verpfändung betrifft, so gehören die Forderungen freilich zu den Vermögensrechten, aber deshalb sind sie doch noch nicht dingliche Rechte im eigentlichen oder uneigentlichen Sinn; der Ausdruck „Vermögensrechte" umfaßt bekanntlich sowohl dingliche Rechte als Forderungsrechte, allein es handelt sich ja gerade um die Frage, ob das Pfandrecht auch in den angeführten Fällen (wenn Rechte den Gegenstand derselben bilden) zu der einen oder anderen Gattung der Vermögensrechte gehört.

Und was ist das für ein Recht, welches zwar dinglich sein soll, bei welchem aber eine förmliche Warnungstafel gegen die Anwendung gerade der aus der Natur „der eigentlichen dinglichen Rechte" folgenden Grundsätze angebracht werden muß. Jedenfalls dürfte dem praktischen Rechtsleben, welches besonders bei komplizierten Rechtsfällen, die gerade im Pfandrechte nicht selten sind, vor allem auf festen Grundbegriffen muß fußen können, mit einer solchen Konstruktion des Pfandrechts wohl kaum gedient sein.

In sehr geistreicher Weise hat Exner in seinem klassischen Werke: „Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach Röm. Recht" (Leipzig 1873) auch dem sog. Forderungspfandrechte den Charakter eines dinglichen Rechts vindiziert. Derselbe behauptet, daß jedes Pfandrecht dinglicher Natur sei, indem dasselbe stets eine körperliche Sache mit unmittelbar dinglicher Kraft erfasse. Einerseits sei nämlich zu beachten, daß das Pfandrecht mit verschiedener je nach der Rechtsstellung des Auktor sich bestimmender Intensität die verpfändete Sache ergreife, indem bei beschränkter dinglicher Rechtsstellung des Auktor — im Gegensatz zum Volleigentümer — die demselben gegenüber erwachsenden Pfandrechte — die überhaupt immer auf eine Succession zurückzuführen seien — die körperliche Sache eben auch nur in dieser beschränkten Intensität, nämlich nur innerhalb seiner sachenrechtlichen Herrschaft (als Emphyteuse, Superficiar, Usufruktuar, Pfandgläubiger beim subpignus), aber immerhin die körperliche Sache selbst ergreifen, wobei hervorgehoben wird, daß es „ein Recht am Recht" aus logischen und juristischen Gründen überhaupt nicht gebe. Anderer-

seits aber, was das sog. Forderungspfandrecht betrifft, so sei der Gegenstand des pignus nominis nicht die Forderung, sondern die auf Grund dieser Forderung geschuldete körperliche Sache, es entstehe also durch das Forderungspfandrecht ein zwar eventuelles, aber jetzt schon (latent) vorhandenes Pfandrecht an der vom Dritten zu leistenden Sache, während die dem Pfandgläubiger eingeräumte Macht, die Forderung beizutreiben und zu einem aktuellen Pfandrechte zu entwickeln, sich allerdings als obligatorisches Recht, allein eben nur als eine Potenz zur Erzeugung eines vollwirksamen Pfandrechts darstelle, nicht aber selbst Pfandrecht sei, wie denn auch in der That wenigstens nach der vorherrschenden Meinung[62]) die Klage, womit der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung geltend macht, nicht die actio hypothecaria, sondern die betreffende actio in personam aus der verpfändeten Forderung ist.

Allein die Befugnis des Gläubigers, die ihm verpfändete Forderung nach seiner Wahl zu veräußern oder einzutreiben, ist eben doch auch schon eine unter der Herrschaft pfandrechtlicher Grundsätze stehende Macht und somit immerhin ein Pfandrecht, wenn auch, zumal im Hinblick auf die Entwicklung des Röm Pfdr., — welches vom sog. Sachenpfandrecht ausging — ein anormaler Fall desselben, und man wird nicht sagen dürfen, daß das Forderungspfandrecht, weil sich mit demselben allerdings auch ein dingliches Pfandrecht unter Umständen verknüpfen kann, stets zu den dinglichen Rechten ressortiere: Treibt der Gläubiger die Forderung ein und hat diese Geld zum Gegenstande, so wird er Eigentümer und nicht bloß Pfandgläubiger des bezahlten Geldes; veräußert er aber die verpfändete Forderung, — welches Recht Exner freilich demselben bestreitet — so ist dieß nicht etwa Verkauf des Pfandrechts, sondern Realisierung desselben, also Cession, sodaß in diesen beiden Fällen überhaupt kein Pfandrecht an einer Sache zur Erscheinung gelangt und doch ein Pfandrecht verwirklicht wird.

---

[62]) S. Windscheid Pand. § 239 Note 10.

Ich schließe diese Betrachtung über den Begriff des R. Pfandrechts, indem ich meine eigene bereits hinlänglich angedeutete Meinung in folgende kurze Worte zusammenfasse:

Das R. Pfandr. ist insoferne, als es überhaupt das Recht des Gläubigers in sich begreift, sich für seine Forderung aus einem fremden Vermögensgegenstand suo nomine (nicht etwa bloß procuratorio nomine) Befriedigung zu verschaffen, jedenfalls ein eigentümliches Rechtsgebilde. Allein dessen nähere juristische Struktur bestimmt sich — immer unter Wahrung des eben erwähnten allgemeinen Charakters — nach dem **Gegenstande** des Pfandrechts[63]), und es ist daher zu unterscheiden:

Das Forderungspfandrecht (und ebenso auch das subpignus, soweit hiebei eine Forderung mitverpfändet wird) gehört in erster Linie stets dem Obligationenrechte an, alles übrige Pfandrecht dagegen, also auch jenes, welches eine Emphyteuse, Superficies oder den Usufruktus zum Gegenstand hat, und sogar auch dasjenige Pfandrecht, welches bei Verpfändung einer Forderung an dem nicht in Geld bestehenden Leistungsgegenstand (z. B. Warenlager) entsteht, hat nach R. R. dinglichen Charakter.

II. Parallel dem wirtschaftlichen Zwecke des Pfandrechts, zur Sicherung eines Vermögensanspruchs zu dienen, hat das R. R. das Pfandrecht auch in seiner rechtlichen Gestaltung nicht als ein selbstständiges, sondern nur als ein accessorisches Recht entwickelt.

Das Dasein einer Forderung — wenn auch nur einer sog. naturalis obligatio — ist daher einerseits eine wesentliche Bedingung für Entstehung des Pfandrechts, so daß dasselbe insbesondere nichtig ist, wenn die Forderung nichtig ist, und die gegen die Forderung begründeten Einreden auch dem Pfandanspruche entgegengesetzt werden können und zwar sowohl von dem Schuldner als auch von dem Dritten dann, wenn die Einrede keine rein persönliche ist oder der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat, wobei zu bemerken ist, daß auch ein Dritter, also Nichtschuldner seine Sache für den Schuldner, ohne

---

[63]) Puchta Pand. § 193.

persönlich in den Schuldnexus eintreten zu müssen, verpfänden kann, während der Pfandberechtigte immer Gläubiger sein muß.[64])

Andrerseits ist auch der Fortbestand der Forderung eine Bedingung für die Fortexistenz des Pfandrechts, so daß mit Erlöschung der Forderung auch das Pfandrecht untergeht. Allein dieses letztere Prinzip hat schon das R.R. nicht strenge durchgeführt, sondern Ausnahmen zugelassen, indem es gewisse einzelne Fälle aufführt, in welchen das Pfandrecht bei Untergang der Forderung, für welche es bestund, sich mit einer anderen Forderung verbindet und für letztere fortdauert.

Dieß sind die viel besprochenen Fälle der sog. hypothekarischen Succession[65]), worunter der praktisch wichtigste Fall das jus offerendi ist, wonach jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht hat, durch Ausbezahlung eines vorhergehenden Pfandgläubigers dessen Pfandrechte ohne Weiteres (d. i. nicht etwa erst durch eine Übertragung seitens des vorgehenden Gläubigers) zu erwerben.

In den Quellen werden aber überdies einzelne Fälle namhaft gemacht, in welchen das Pfandrecht nach Untergang der Forderung ohne alle Forderung fortdauert, wobei nur, um dem theoretischen Bedürfnisse zu genügen (um das Prinzip zu retten), von einer verbleibenden naturalis obligatio die Rede ist.[66])

Von dem ersten Prinzipe dagegen, daß nemlich ein Pfandrecht ohne Forderung nicht entstehen kann, hat das R.R. — und das möchte ich besonders betont haben — keine Ausnahme gemacht, so daß demselben der in einigen sehr bedeutsamen modernen Hypothekrechten (Mecklenburg, Preußen) aufgestellte Satz, daß Hypotheken auch ohne Forderung als selbstständige Rechte schon a priori konstituiert werden können, gänzlich fremd ist.

---

[64]) Puchta Pand. § 194 Note 6, Windscheid P. I § 225 Ziff 1 in fine.

[65]) S. die Fälle Windscheid Pand. Bd. I. § 223b.

[66]) l. 59 Dig. ad S. C. Treb. 36, 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio."

S. die einzelnen Fälle Windscheid Pand. I. § 249.

III. Die Entstehung des Pfandrechts anlangend, so ist es ein charakteristisches Merkmal des R.R., daß dasselbe das Pfandrecht nicht bloß durch formlosen — unter Umständen selbst bloß stillschweigenden — Vertrag ohne Tradition, sowie durch letztwillige Disposition (pignus voluntarium) und durch richterliche Verfügung, sondern auch sogar schon unmittelbar durch Rechtssatz zur Erscheinung gelangen läßt, so daß (in letztem Falle) sofort mit der Forderung ipso jure auch das Pfandrecht gegeben ist.

Gerichtliches Pfandrecht wurde — ganz ähnlich wie nun auch bei uns wieder das Arrest- und Pfändungspfandrecht (wenigstens an Mobilien) nach den §§ 709 und 810 der Deutschen R.C.P.O. und in erweitertem Maße (auch hinsichtlich der Immobilien) nach der Preuß. Subh.Ord. — angenommen bei dem durch Immission zum Zwecke der Sicherstellung entstandenen Besitz (pignus praetorium) und bei der Exekution in einzelne Vermögensstücke, welche dem verurteilten Schuldner auf Anordnung des Gerichts abgepfändet worden sind, um nach 2 Monaten zur Befriedigung des Klägers öffentlich versteigert zu werden (pignus in causa judicati captum).[67]) Ein im Teilungsprozeß zuerkanntes Pfandrecht, welches eine dritte Art gerichtlichen Pfandrechts sein soll, ist in den Quellen wenigstens nicht ausdrücklich erwähnt, allein immerhin aus denselben abzuleiten.

Das gesetzliche Pfandrecht (pignus tacitum), wonach sich also an das Dasein gewisser Forderungen sofort von selbst d. i. ohne jeglichen Pfandbestellungsakt ein Pfandrecht knüpft, ent-entwickelte sich zunächst als Spezialpfandrecht, später aber — mit der steigenden Unsicherheit der pfandrechtlichen Vorzugsrechte — auch und zwar vorwiegend als Generalpfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners.

Das älteste gesetzliche Spezialpfandrecht beruht auf gesetzlicher Anerkennung des präsumtiven Parteiwillens — es ist dies das Pfandrecht des Vermieters an den vom Mieter eingebrachten

---

[67]) Dr. Quaritsch loc. c. § 152.

Mobilien und des Verpächters an den auf dem verpachteten Grundstück gezogenen Früchten. Das älteste rein gesetzliche Spezialpfandrecht wurde unter Kaiser Marc Aurel († 180 nach Chr. Geb.) durch Senatsbeschluß demjenigen gewährt, der Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an diesem Gebäude. Das erste gesetzliche Generalpfandrecht wurde durch Kaiser Caracalla († 217 nach Chr. Geb.) eingeführt, indem dem Fiskus für alle Steuern und Kontraktsforderungen ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners eingeräumt wurde. Spätere Kaiser, insbesondere Justinian haben diese gesetzlichen Pfandrechte noch vermehrt.

IV. Was den Rang[68]) von mehreren an demselben Gegenstande[69]) bestehenden Pfandrechten betrifft, so wird man, um ein wirklich richtiges Bild von der praktischen Gestaltung der Prioritätsrechte der Pfandgläubiger nach R. R. zu gewinnen, die drei nachstehenden Gesichtspunkte in das Auge zu fassen haben:

1) Sind die Pfandrechte einander im Range gleich, — was der Fall ist bei allen an demselben Tage entstandenen Pfandrechten, soferne nicht dem einen oder anderen hievon durch besonderen Vertrag oder gesetzliches Privilegium Vorzugsrecht gebührt — so bleibt unter den an sich in gleichem Range stehenden Pfandgläubigern derjenige Sieger, welcher im Besitze der Pfandsache ist, da die actio hypothekaria gegen den im Besitze der Sache befindlichen Pfandgläubiger nur dann von Erfolg ist, wenn dem Kläger ein besseres Pfandrecht als dem Beklagten zur Seite steht, und die anderen an sich gleichstehenden Pfandgläubiger haben daher keineswegs einen Anspruch auf Verteilung des Erlöses etwa nach Verhältnis der Größe der einzelnen Forderungen, sofern nicht allenfalls ein besonderes obligatorisches Rechtsverhältnis unter diesen Pfandgläubigern in Mitte liegt. Es

---

[68]) S. hierüber besonders die treffliche Arbeit von Regelsberger „Zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte“ 1859.

[69]) Keine Identität des Gegenstands liegt natürlich vor, wenn die mehreren Pfandrechte je einen besonderen Bruchteil des Pfandobjekts zum Gegenstande haben.

kommt daher bei dieser Theorie — die eine eigentümliche Illustration zu dem römischen Rechtsaxiom: „vigilantibus sunt jura" bildet — für den Pfandgläubiger alles darauf an, sich baldmöglichst in den Besitz der Pfandsache zu setzen, um sich den mit dem Besitze verknüpften Vorrang nicht ablaufen zu lassen, wobei als wichtig hervorgehoben werden muß, daß für die Klage auf Herausgabe der Sache nicht wie für den Verkauf derselben schlechterdings Fälligkeit der Schuld erforderlich ist, sondern diese Klage auch schon dann zulässig ist, wenn „das Interesse des Gläubigers dieß erfordert."[70])

2) Sind aber die Pfandrechte an demselben Gegenstande im Range verschieden, so ist zur richtigen Würdigung des Röm. Pfandrechts die Situation des Nachhypothekengläubigers zu beachten.

Dieser hat zwar an sich juristisch ein volles Pfandrecht und kann also den Pfandgegenstand von jedem Dritten abfordern, wenn derselbe nicht zugleich selbst Pfandgläubiger mit gleichem oder besserem Prioritätsrechte ist, und auch die Sache verkaufen.[71]) Allein dieser Verkauf präjudiziert den Rechten irgend eines vorgehenden Pfandgläubigers in keiner Weise, indem dieser letztere vielmehr, da sein Pfandrecht durch diesen Verkauf nicht aufgehoben wird, nun einfach seinen Pfandanspruch gegen den Käufer verfolgt und diesem die Sache wieder abnimmt, für welchen Eviktionsfall der betreffende Nachhypothekgläubiger natürlich einzustehen hat.

Das Resultat dieser Eventualität ist, daß dem Nachhypothekgläubiger faktisch nur dasjenige zukommt, was nach dem durch den potior bethätigten Verkauf des Pfandobjektes von dem Er-

---

[70]) L. 14 pr. D. de pign. 20, 1; „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum est. Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit."

[71]) Die Ansicht, daß der Nachhypothekgläubiger als solcher nur ein bedingtes Pfandrecht und kein Verkaufsrecht habe — z. B. Puchta Pand. § 205 Note g — ist nunmehr wohl als genügend widerlegt zu betrachten.

löse nach vollständiger Befriedigung des letzteren noch übrig bleibt. Dieser Verkauf ist aber in der Regel nach R. R. ein reiner Privatverkauf und es besteht daher für den Nachhypothekgläubiger die Gefahr, daß der potior diesen Verkauf eben wesentlich nur unter Berücksichtigung seiner *eigenen* *Interessen* vornehmen werde.

Zum Schutze gegen diese Gefahr hat nun das Recht dem Nachhypothekgläubiger das bereits erwähnte jus offerendi gewährt, wornach ihm gegen Befriedigung des potior dessen Pfandrecht von selbst zufällt, infolge dessen er sodann den Verkauf selbst in die Hand nehmen kann.[72])

Charakteristisch für das R.Pfandr. ist es aber, daß dem Nachhypothekgläubiger dieses jus offerendi gegen den potior nicht etwa bloß im Falle der Klagestellung des letzteren, sondern überhaupt zu jeder Zeit zustund, und es zeigt sich in dieser Bestimmung deutlich genug, wie wenig das R. Pfandr. auf eine dauernde Kapitalsanlage, überhaupt auf Schaffung eines Realkredits im Sinne unserer modernen Anschauungen, und wie sehr dasselbe vielmehr nur auf *Verstärkung des Personalkredits* bemessen war.

3. Der *Rang selbst* endlich von mehreren Pfandrechten an demselben Gegenstande bestimmt sich zwar prinzipiell durch deren Zeitverhältnis nach dem Satze: prior tempore, potior jure; allein diesen Grundsatz hat bekanntlich das R. R. in starkem Grade durchbrochen, indem es einer Anzahl von im praktischen Leben sehr wichtigen Pfandrechten das Privilegium des Vorrangs vor gleich alten und beziehungsweise sogar vor allen älteren Pfandrechten verliehen hat.[73])

---

[72]) Auch hat er, wenn er Besitzer der Sache ist, wie jeder andere rechtmäßige Besitzer der Pfandsache gegen den Kläger das beneficium cedendarum actionum. Siehe hierüber unten Ziff. VI.

[73]) Dieses Privilegium genießt: Das Pfandrecht des *Fiskus* wegen Steuerforderungen (Caracalla) und in beschränkter Weise wegen Kontraktsforderungen, ferner das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos (Justinian) und das Pfandrecht wegen in rem versio, welches letztere Privilegium das

Nach einer vielfach bestrittenen Konstitution des Kaiser Leo v. Jahre 469 sollen endlich Pfandrechte, die in einer öffentlichen oder in einer von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde bestellt sind (pignus publicum und quasi publicum) allen anderen und selbst den privilegierten Pfandrechten (was stark bekämpft wird) vorgehen, und ist dieses Gesetz deshalb bemerkenswert, weil hierin die ersten wenn auch mißglückten Anfänge des Publizitätsprincips zu erblicken sind.

V. Bezüglich der Endigung des Pfandrechts werden nur nachstehende für unsere Betrachtungen im speziellen Teile wichtige Punkte hervorgehoben.

Das R. Pfandr. endigt wegen seiner accessorischen Natur mit der gänzlichen Erlöschung der Forderung[74]), jedoch mit den sub. Z. II angedeuteten Ausnahmen, und ferner durch den Verkauf des Pfandgegenstands, dies jedoch nur hinsichtlich der nachstehenden Pfandrechte.

Neben diesen speziellen Endigungsarten geht das Pfandrecht auch unter aus Erlöschungsgründen allgemeiner Art als: Verzicht auf das Pfandrecht, der auch stillschweigend erfolgen kann, Untergang der Pfandsache, Ersitzung der Freiheit — bloßer Nichtgebrauch genügt nicht — und durch Konfusion d. i. Zusammentreffen des Pfandrechts und Eigentums in derselben Person. Allein — und darauf kommt es hier an — schon das R.R. statuiert Ausnahmen von diesem letzten Prinzipe, wenn dies auch nicht unter dem modernen Gesichtspunkte eines Pfandrechts an der eigenen Sache geschah, welches Puchta (Pand. § 202 Note 11) in seinem romanistischen Eifer „einen monströsen Begriff" nennt.

VI. In den Bestimmungen über den Schutz des Pfandrechts offenbart sich die Eigentümlichkeit des Röm. Pfandr. am

---

älteste und auf Grund der Natur der Sache schon durch die Jurisprudenz entstanden ist.

[74]) Bei einer nur teilweisen Tilgung der Forderung haftet für den Rest das Pfandobjekt noch ganz nach dem bekannten Prinzip: „indivisa pignoris causa est."

prägnantesten, weshalb ich hierüber folgende Notizen anfüge, wobei übrigens nur das Pfandrecht an körperlichen Sachen — Sachenpfandrecht — in das Auge gefaßt ist.[75]) Als wesentlicher Inhalt des Pfandrechts stellt sich, wie mehrfach erwähnt, das Besitz- und Verkaufsrecht des Pfandgläubigers dar.

Dem entsprechend geht die aus der oben aufgeführten actio Serviana hervorgegangene allgemeine Pfandklage — hypothecaria actio, pigneratitia in rem actio — nicht auf Bezahlung der Schuld, sondern wie ihr Vorbild die rei vindicatio auf Herausgabe der Sache (sie ist also eine petitio rei) gegen jeden Besitzer, mag derselbe Verpfänder oder ein Dritter sein, damit der Gläubiger in den Stand gesetzt wird, die Sache zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen.

Das Wesen des R. Pfandr. ist indeß nur dann vollkommen charakterisiert, wenn die besonderen Einreden, mit welchen der Pfandrechtsklage begegnet werden kann, in Betracht gezogen werden.

Dem Pfandrechtsanspruch können nemlich nicht nur, wie bereits früher erwähnt, dieselben Einreden wie der durch das Pfand versicherten Forderung,[76]) und, wenn der Beklagte zugleich selbst Pfandgläubiger ist, die Einrede eines gleichen oder besseren Pfandrechts, sondern auch noch überdies folgende besondere Einreden entgegengesetzt werden:

1. Der Beklagte kann die Herausgabe der Pfandsache dadurch abwenden, daß er dem Kläger Befriedigung der Forderung (unter entsprechender Kautionsleistung) anbietet, wobei er, wenn er rechtmäßiger Besitzer ist, zugleich verlangen kann, daß ihm der

---

[75]) Bei der Verpfändung dinglicher Rechte an fremden Sachen und von Forderungen gebührt dem Pfandgläubiger jene Klage, welche dem Verpfänder (Auktor) selbst aus diesen Rechten zusteht, als utilis actio (suo nomine), und ist dies daher insbesondere — wenigstens nach der herrschenden Meinung — bei Verpfändung des Nießbrauchs nicht die actio hypothecaria, sondern die actio confessoria utilis. S. Windscheid, Pand. Bd. I. § 239 Note 2, Exner loc. c. S. 192, Puchta Pand. § 216.

[76]) Wiederholt wird hiebei betont, daß dem dritten Besitzer (Nichtschuldner) Einreden höchst persönlicher Natur nicht zustehen, soferne er nicht einen desfallsigen Rückgriff gegen den Schuldner hat.

Kläger seine Forderung gegen den Pfandschuldner mit allen Accessionen abtrete (beneficium cedendarum actionum.)

2. Ist der Beklagte dritter Besitzer (Nichtschuldner), so kann er nach Just.Recht fordern, daß der Kläger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche (exceptio excussionis personalis.)

Auch diese Bestimmung ist ein markantes Zeugnis dafür, daß das R.Pfandr. nicht einem Realkredit nach unseren Begriffen zu dienen bestimmt war.

3. Erhebt der Gläubiger Klage auf Grund seines Generalpfandrechts, während ihm zugleich einzelne Sachen des betreffenden Vermögenskomplexes verpfändet sind, so kann der Beklagte geltend machen, daß der Kläger zuerst aus den Spezialpfändern seine Befriedigung suche (exceptio excussionis realis) ist sehr bestritten.

Was endlich den Verkauf der Pfandsache betrifft, so charakterisiert sich derselbe dadurch, daß er in der Regel ein Privatverkauf ist und eine sehr lange Wartezeit erheischt.

Die Voraussetzungen des Verkaufs sind nemlich: Fälligkeit der Schuld, Anzeige an den Schuldner, daß mit dem Verkauf vorgegangen werde, wenn nicht Befriedigung erfolge (cessiert, wenn ein richterliches Urteil in Mitte liegt) und Ablauf von 2 Jahren nach dieser Anzeige; jedoch erfolgt der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen ohne weiteres zwei Monate nach der Pfändung.

Der Verkauf selbst geschieht nur bei gerichtlich gepfändeten Sachen durch den Richter auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung, außerdem nimmt solchen der Gläubiger selbst vor und ist öffentlicher Verkauf nicht vorgeschrieben. Findet sich kein annehmbarer Käufer, so kann der Gläubiger sich die Sache vom Kaiser (jetzt durch das Gericht) um die Taxe zu Eigentum zuschlagen lassen, in welchem Falle jedoch dem Eigentümer 2jähriges Einlösungsrecht gebührt. Die Wirkung des Verkaufes ist, daß der Gläubiger in kraft seines Pfandrechts dem Käufer fremdes Eigentum, unbeschränkt von dem allenfalls nach Begründung seines Pfandrechts auf die Sache gelegten Lasten überträgt.

Aus den soeben dargelegten wesentlichen Grundprinzipien des Röm. Pfandr. ergibt sich von selbst, daß dieses Recht der Kriterien eines den wirtschaftlichen Anforderungen entsprechenden Pfandrechts, wie solche am Eingange dieses Paragraphen aufgestellt wurden, in einem geradezu bedauerlichen Grade ermangelt.

So lange das Dasein eines Pfandrechts durch Eigentums- resp. Besitzübertragung bedingt erschien, war ein äußeres Merkmal gegeben, aus welchem der Verkehr über die konkrete Existenz eines Pfandrechts wenigstens bis zu einem gewissen Grade Kenntnis schöpfen und zur geeigneten Berücksichtigung beider Kreditgewährung benützen konnte.

Mit der Einführung der Hypothek aber d. i. des Grundsatzes, daß das Pfandrecht schon durch bloßen Vertrag entstehe, daß also in der Materie des Pfandrechts ein Vertrag, über seinen natürlichen Boden als Organ zur Erzeugung von Obligationen hinausgehend, schon für sich allein dinglich d. i. gegen Dritte wirken soll, denen keine Möglichkeit gegeben war, sichere Wissenschaft von diesem Pfandr. beim Rechtsverkehr zu erlangen, hatte das R. R. einen verhängnisvollen Schritt gethan. Und auf diesem abschüssigen Wege fortschreitend hat die Röm. Gesetzgebung (bes. zur späteren Kaiserzeit) hauptsächlich durch die Gewährung von immer zahlreicher werdenden gesetzlichen Pfandrechten, bei welchen selbst unter den direkt Beteiligten jeglicher Konstituierungsakt entfiel, und endlich gar durch die Verleihung von Rangprivilegien für im Leben sehr wichtige Pfandrechte, den gesunden Kern, der ursprünglich im Röm. Pfandr. lag, der Art verdrängt und überwuchert, daß das R. Pfandrecht wenigstens in der Mißgestalt,[77]) in welcher es zu uns gelangt ist, als die mißlungenste Schöpfung des Röm. Civilrechts bezeichnet werden muß. Viel glücklicher und praktischer hat sich in Deutschland das Pfandrecht entwickelt, wobei übrigens, wie ich wiederhole, nicht zu läugnen ist,

---

[77]) Dies zeigt sich auch in der Unzahl der Kontroversen, denen man in dieser Materie und zwar zum Teil über die wichtigsten Fragen fortgesetzt auf Schritt und Tritt in der peinlichsten Weise begegnet.

daß das deutsche Hyp.Recht seine dermalige Vollkommenheit dem nach und nach wieder herausgeschälten gesunden Kern des Röm. Pfandr. wenigstens teilweise verdankt.

§. 9.

Das Deutsche Pfandrecht bis zur Rezeption des Röm. R.*)

Der natürliche und wirtschaftliche Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen bildet die systematische Grundlage des ganzen Deutschen Sachenrechts, so lange dasselbe seine Gestaltung und Entwicklung von dem Deutschen Volksgeiste empfing und von den Einflüssen des Röm. R. unberührt war.

Dieser Unterschied, welcher auf den ewigen Gesetzen der Natur fußt und im Gegensatze zu dem gemeinen (Röm.) Rechte auch in unseren neueren und neuesten Partikulargesetzgebungen, hauptsächlich aber in den Vorschlägen der Fachkommission für Ausarbeitung eines Deutschen Reichs.C.G.B., trotz der modernen Verkehrsfreiheit und Mobilisierung des Grundbesitzes, mit Recht wieder in einer sehr durchgreifenden Weise Ausdruck gefunden hat,

---

*) Aus der Literatur, die ich bei der obigen Erörterung hauptsächlich benützte und aus welcher zugleich die Quellen für die aufgestellten Behauptungen, deren Anführung den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten würde, entnommen werden können, führe ich an:

Albrecht, die Gewere, als Grundlage des älteren Deutschen Sachenrechts. 1828.

von Meibom, das Deutsche Pfandrecht 1867, unstreitig das bedeutendste Werk über das altdeutsche Pfandrecht und zugleich über das Exekutions- und Arrestverfahren im Mittelalter, wenn auch die Systematik und die dogmatischen Aufstellungen des verdienstvollen Herrn Verfassers vielfach Wiederspruch erfuhren.

Stobbe, zur Literatur des Deutsch. Pfandrechts in der Krit. Viertelj. Bd. 9 S. 283 ff. Jahrg. 1867 (eine Kritik des v. Meib. Werkes).

Sohm, über Natur und Geschichte der modernen Hyp. in Grünhuts Zeitschr. Bd. V S. 1 ff. Jahrg. 1878.

Kohler, pfandrechtl. Forschungen, Jena 1882, eine histor.-dogmatische Leistung ersten Rangs, welche zugleich durch vergleichende Studien und Beifügung eines reichen Quellenschatzes sich auszeichnet.

offenbarte sich naturgemäß am schärfsten zu den Zeiten der Volksrechte und überhaupt in der Periode der vorherrschenden Naturalwirtschaft, in welcher die Mobilie bei der Seltenheit des gemünzten Geldes gewissermassen als Zahlungsmittel, als Geld fungierte und überdies für Geldschulden nur in Mobilien exequiert werden durfte, während dem Grundbesitz auch von Rechtswegen der Charakter der Unbeweglichkeit beigelegt und derselbe insbesondere — abgesehen von seiner sonstigen Gebundenheit durch das Beispruchsrecht der nächsten Erben — der Exekution vollkommen entrückt war. Die Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf die Immobilien wurde erst durch die Karolinger angebahnt und ist das erste Reichsgesetz hierüber das Kapitulare Ludwigs des Frommen v. J. 817.[78])

Am Prägnantesten tritt dieser Gegensatz hervor in dem Deutschen Pfandrechte, indem die Deutschen Rechtsordnungen das Pfandrecht an Mobilien sehr wesentlich verschieden von jenem an Immobilien regulierten.

A) Für das Pfandrecht an **Mobilien** mit dinglicher, d. h. auch gegen Dritte geltender Wirksamkeit hat unser Deutsches Recht von den ältesten Zeiten bis zur Rezeption des R. R.

1. nur Eine Pfandrechtsart zugelassen — nämlich das Besitz- oder Faustpfand, genannt „Kistenpfand" oder „Schreinpfand" und, wenn Tiere Gegenstand der Verpfändung waren, betitelt „essendes Pfand".[79]) Der Gläubiger erlangte die Gewere

---

Stobbe, Deutsch. Privatrecht Bd. II. II. Aufl. Berlin 1883, welches Werk meines Wissens zuerst unter den Komp. des Deutsch. Priv. das moderne Immobiliarsachenrecht umfassender behandelt und in seiner vollen Bedeutung würdigt.

[78]) v. Meibom S. 56 und 97.

[79]) Die gegenteilige Ansicht v. Meibom's (Seite 410), wonach auch an Mobilien ein Pfandrecht ohne Besitzübertragung schon durch Vertrag nach Art der neueren Satzung entstanden sein soll, findet in den von ihm selbst angeführten Quellen ihre Wiederlegung, indem hieraus hervorgeht, daß die Verpfändung von Mobilien ohne Tradition (römische Hypothek) nur obligatorisch nicht aber gegen Dritte wirkte, also kein Pfandrecht im wissenschaftlichen Sinne des Worts erzeugte, so daß der Gläubiger gegen jenen, zu

der Sache, d. i. das Recht, solche bis zur Einlösung der Schuld zu besitzen.

Während weiter nach R. R. der Eigentümer (dominus) stets gegen den bonae fidei possessor obsiegte, soferne der letztere nicht die replica rei venditae et traditae entgegensetzen konnte, war der Regulator für den Mobiliarverkehr nach germanischem Rechte jener für Handel und Wandel so sachgemäße Grundsatz, welcher in der bekannten Rechtsparömie „Hand muß Hand wahren" seinen bildlichen Ausdruck gefunden hat und seine rechtspolitische Begründung in dem Gedanken erhält, daß der Mobiliarverkehr nicht an vorgängige nur selten mögliche Untersuchung über das wirkliche Eigentum des Veräußerers oder Verpfänders gebunden werden darf, sondern in seinem rechtlichen Bestand an das Besitzmoment angeknüpft werden muß, weshalb das altdeutsche Recht, indem es eine Gewere an Mobilien ohne faktischen Besitz nicht zuließ, das Prinzip aufstellte, daß der Erwerb von Rechten an Mobilien schon dann und zwar sogar gegen den wirklichen Eigentümer zu schützen ist, wenn nur der Erwerber in den Besitz der Mobilie gelangt war und der wirkliche Eigentümer den Besitz freiwillig aufgegeben hatte, also ihm solche insbesondere nicht durch Raub, Diebstahl, Fund, widerrechtliche Veräußerung seiner Hausgenossen ꝛc. ꝛc. abhanden gekommen war. [80])

---

dessen Gunsten die Mobilie nachher gerichtlich gepfändet worden war oder an welchen der Schuldner die Sache etwa veräußert hatte, überhaupt keinen Anspruch erheben konnte. So z. B. das v. Meibom selbst angeführte alte bayer. Landr. art. 223.

„antwurt man ainem pfant, daz varende hab ist, die man getreiben und getragen mag, der sol er sich underwinden und underziehen und haimen in sein gewalt; taet er dez nicht und liezz sie jenem, der ims geantwurt hat, in seiner gewalt, und begriff sie ain andrer in seiner gewalt mit dem rechten, der mag sich derselben pfant mit dem rechten wol underwinden."

S. hiezu Stobbe, Krit. Vierteljahrschr. IX. S. 316 ff.

[80]) Im späteren Mittelalter kamen hinsichtlich des Mobiliarsachenrechts die beiden Rechtsprinzipien auf das Bestimmteste zur Erscheinung, daß nemlich nur derjenige, dem die Sache wider seinen Willen fortgekommen war, eine Klage auf Herausgabe derselben gegen den dritten Besitzer hat,

In diesem Satze hat das Publizitätsprinzip für das Mobiliarsachenrecht seinen Ausdruck gefunden.

Es war daher nur eine Konsequenz dieses Prinzips, wenn das Deutsche Recht das Mobiliarpfand auch dann gelten ließ, wenn ein Nichteigentümer die Mobilie zum Pfand hingegeben hatte, sofern nur der wirkliche Eigentümer dieselbe freiwillig aus seiner Gewere gelassen hatte.

2. Der Inhalt des Mobiliarpfandrechts bestund nicht in dem Recht der Benützung des verpfändeten Gegenstands, welche vielmehr ähnlich wie im Röm. R. bei Strafe verboten war, sondern — in Übereinstimmung mit dem Röm. Faustpfand wenigstens der Hauptsache nach — einerseits in dem bereits angedeuteten Besitzrechte in der Art, daß der Gläubiger die Sache, wenn sie ihm unfreiwillig abhanden gekommen war, von jedem Dritten abfordern konnte, und andererseits wesentlich in dem Distraktionsrechte, welches nach einzelnen insbesondere älteren Rechtsquellen in der gerichtlichen Übereignung der Sache an den Gläubiger, nach anderen Rechtsquellen dagegen in dem Rechte der Versetzung und des Verkaufs der Sache bestund.

Allein abgesehen von der bekannten im älteren germanischen Rechte allgemein anerkannten Haftung des Gläubigers für den

---

während derjenige, welcher die Sache freiwillig abgegeben hat, nur gegen den anderen Kontrahenten, nicht gegen einen Dritten auf Herausgabe der Sache oder Schadensersatz klagen kann.

Allein auch die erstere Klage hatte nicht das Eigentum zum Fundament, sondern gründete sich rein auf die Thatsache des früheren Besitzes und des unfreiwilligen Verlusts desselben, und war daher keine rei vindicatio, sondern nur etwa eine actio in rem scripta oder wohl richtiger nur eine Besitzklage, so daß das altdeutsche Recht für Mobilien überhaupt keinen petitorischen, sondern nur einen possessorischen Rechtsschutz kannte.

S. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des Mittelalters 1869 Seite 50 ff.

Stobbe Deutsch. Priv.R. Bd. II § 146.

Aus diesem possessorischen Rechtsschutz ist in Verbindung mit anderen Momenten die moderne actio Publiciana d. i. der Schutz des besseren Besitzrechts an der Sache hervorgegangen.

kasuellen Untergang der Sache,[81]) offenbarte sich eine hervorragende Eigentümlichkeit des Deutschen Mobiliarpfandrechts, wodurch es sich erheblich von dem R. Faustpfand unterscheidet, darin, daß einerseits der Anspruch des Gläubigers wenigstens nach älterem Rechte — soferne nicht ein besonderes Versprechen des Schuldners über das Pfand hinaus einstehen zu wollen in Mitte lag — auf die Ausübung des Pfandrechts beschränkt war und demselben keine weitere Klage gegen den Schuldner gebührte,[82]) und daß andererseits ein reiner Privatverkauf dem Deutschen Pfandrechte fremd war, vielmehr die Verwirklichung des Distraktionsrechts stets der Intervention des Richters bedurfte, indem da, wo die erwähnte beschränkte Haftung des Schuldners bestund, dem Gläubiger die verpfändete Sache vom Gerichte nach erfolgloser Aufforderung des Schuldners zur Einlösung des Pfandes zugesprochen (übereignet) wurde, ohne daß der Gläubiger dem Schuldner den Mehrwert herausvergüten mußte, in den übrigen Rechtsgebieten aber (später wohl allgemein) der Gläubiger vom Gerichte nach dreimaligem Aufgebote zum Versatz und Verkauf des Pfandobjekts für befugt erklärt wurde, in welchem Falle der Gläubiger die beim Verkaufe erzielte hyperocha herauszugeben hatte.[83])

B) In ganz anderer Weise hat das Deutsche Recht das Pfandrecht an **Immobilien** entwickelt, — zu welchen letzteren auch gewisse Rechte z. B. Zehnten, Zölle, Ämter, Renten, Gerichtsherrlichkeit 2c. gerechnet wurden, — und bezüglich des Immobiliarpfandrechts zwei selbständige, von einander rechtlich und wirtschaftlich sehr verschiedene Institute erzeugt, die in der germanistischen

---

[81]) S. über die „nahezu universelle Bedeutung" dieser Rechtserscheinung Kohler l. c. S. 111 und ff.

[82]) Conf. die vielbesprochenen Stellen des Rechtsbuchs nach Distinktionen
III. 17 d. 15 und 16 und
III. 14 d. 3
Hiezu v. Meibom S. 281 ff.
Stobbe, Krit. V. IX S. 295 ff.

[83]) Conf. v. Meibom, S. 337 ff. 435 und S. 92.
Stobbe, Krit. Viert. IX S. 297 ff.
Stobbe, Deutsch. Privatr. Bd. II § 154.

Literatur seit Albrecht als ältere und neuere Satzung bezeichnet werden, welche letztere indeß keineswegs aus der ersteren hervorgegangen, sondern unabhängig von derselben mit der Umwandlung der Naturalwirtschaft in die Kapitalwirtschaft d. i. mit der Mobilisierung des Grundbesitzes in den Städten entstanden ist und, während die alte Satzung als Landrecht (bäuerliches Recht) für den ländlichen Grundbesitz fortdauerte, beinahe ausschließlich Weichbildrecht (städtisches Recht) verblieb, bis sie (neuere Satzung) mit der Rezeption des Röm. R., welches die alte Satzung nach und nach beinahe vollständig verdrängte, im wesentlichen die Gestalt der Röm. Hyp., jedoch unter Wahrung einiger Eigentümlichkeiten (hauptsächlich der Distraktion in Form gerichtlicher Subhastation) annahm.

Unsere moderne Hypothek hat jedoch gewichtige Prinzipien nicht bloß aus der neueren Satzung, sondern wesentlich auch aus der älteren Satzung (materielles Publizitätsprinzip) in sich aufgenommen, weßhalb zur Klarstellung des historisch-dogmatischen Zusammenhangs unserer modernen Hypothek mit den beiden angeführten Satzungen, behufs Charakterisierung der letzteren nachstehende Bemerkungen hier Platz finden mögen.*)

I. Die ältere Satzung (in den französischen Quellen engagement genannt).

Die ältere Satzung, welche in Deutschland viele Jahrhunderte hindurch die einzige Art des Immobiliarpfandrechts war und sich für konkrete Pfandgeschäfte in Italien und Frankreich schon seit dem achten Jahrhundert, in den Gebieten des fränkischen Rechts aber jedenfalls seit der ersten Hälfte des neunten Jahrhunderts laut Zeugnis der betreffenden Urkundensammlungen angewendet findet, seit dem zwölften Jahrhundert aber in einer sehr reichen Anzahl von deutschen Urkunden uns entgegentritt,[84])

---

*) Da indeß auch der Rentenkauf, obgleich den Reallasten angehörig, wesentlich auf die Gestaltung der modernen Hypothek einwirkte, so werde ich auch diesem Rechtsinstitute in einem Anhange zu vorsteh. § 9 eine kurze Erörterung widmen.

[84]) S. hierüber Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek

stellte sich als ein Rechtsgeschäft dar, wonach der Eigentümer ein Grundstück einem andern insolange in Besitz und Genuß (to bruckliken pande) gibt, bis er dem letzteren (Gläubiger) die geliehene Summe bezahlt oder die sonst übernommene Verbindlichkeit erfüllt haben wird.

Im einzelnen folgendes:

1. Der wesentliche Inhalt dieses Pfandrechts war außer dem Besitz- das Nutzungsrecht des Gläubigers an dem verpfändeten Grundstück und zwar letzteres an sich d. i. soweit nicht vertragsmäßige Schranken bestunden, im Sinne des vollen direkten und indirekten (z. B. Verpachtung) wirtschaftlichen Ausbeutungsrechts,[85]) sofern dasselbe keine Deteriorationen enthielt.

Der Gläubiger erlangte die Satzungsgewere.[86]) Dagegen gewährte diese ältere Satzung kein Distraktionsrecht; der Ausschuß des Distraktionsrechts ist das bedeutsamste Charakteristikum dieser älteren Satzung.[87])

In der Satzung an sich erblickte man nemlich offenbar einen Verzicht des Gläubigers auf das Recht der Rückforderung des Kapitals für unbestimmte Zeitdauer und mußte sich daher der Gläubiger statt Ausübung dieses Rechts mit der Nutzung der verpfändeten Liegenschaft als Äquivalent für die sonstige Ausbeutung

---

in Grünhuts Zeitschr. Bd. V Jahrg. 1878, S. 93 und hauptsächlich Kohler loc. c. S. 82 ff., wonach die früher verbreitete Ansicht, daß aus der Zeit bis zum 12. Jahrhundert keine Satzungsurkunden erhalten seien, gründlich widerlegt ist.

[85]) S. hierüber bes. Kohler Seite 231 und ff.

[86]) v. Meibom S. 341
Stobbe Dtsch. Pr.R. § 106 Note 13 und § 72 Note 15.

[87]) Der Anspruch des Gläubigers auf Übereignung des Pfandes im Falle der mora des Schuldners war nur begründet, wenn die lex commissoria der Satzung ausdrücklich beigefügt war — was allerdings sehr häufig geschah — und beruhte also stets auf einer speziellen Nebenverabredung, welche übrigens nach den meisten Rechten zu ihrer vollen Wirksamkeit der Genehmigung der nächsten Erben bedurfte.
v. Meibom S. 346 und
Stobbe Priv.R. Bd. II S. 303.

des Kapitals begnügen; auch konnte er sich für seine Forderung nur an das Pfandobjekt halten und den Schuldner nicht nebenher an dessen übrigem Vermögen angreifen, weßhalb auch im Falle als die verpfändeten Gebäude abbrannten oder sich die Pfandobjekte durch sonstige kasuelle Ereignisse verschlechterten, der Gläubiger nicht etwa nun Zahlung seiner Forderung verlangen konnte, sondern sich mit dem vielleicht wertlos gewordenen Pfandobjekte zufrieden geben mußte.[88]) Eine günstigere Situation erlangte der Gläubiger nicht selten dadurch, daß ihm bei der Pfandbestellung durch besondere Vereinbarung das Recht eingeräumt wurde, sich durch Versetzung der Pfandobjekte zu befriedigen, welche Befugnis zuweilen in der Art intensiver gestaltet wurde, daß der Pfandbrief auf den Namen des Pfandempfängers und auf jeden Inhaber oder jeden redlichen Inhaber als Gläubiger lautete.[89])

Der Schuldner seinerseits dagegen hatte das Recht, durch Zahlung des Kapitals oder Erfüllung der sonstigen Verbindlichkeit das Pfandverhältnis aufzuheben; er hatte das Einlösungsrecht und dies zwar an sich zu jeder Zeit, soferne er sich nicht durch Vertrag im Interesse des Gläubigers Beschränkungen auferlegt hatte, und konnte hiedurch seinen Grundbesitz, der ihm zu Eigentum (ohne Gewehre)[90]) verblieben war, auch der Nutznießung nach wieder erlangen.

Das germanische Recht hat also in dieser älteren Satzung ein Immobiliarpfandrecht geschaffen, welches dem Schuldner ohne Risiko seines Grundeigentums Realkredit ermöglichte.

---

[88]) v. Meibom S. 280 ff. Hiezu Stobbe Kr. Viertelj. S. 295 ff.

[89]) v. Meibom S. 348 ff. und Kohler l. c. S. 15, 235, 313 und 342, welcher (S. 19) in der Ausübung dieses Pfandrechts, in dem „Versetzen" nicht eine Cession (wie Stobbe in Goldschmidts Zeitschr. XI. S. 404), sondern „einen das spezifische Pfandrecht beendenden Konsumationsakt erblickt, welcher ein neues Pfandrecht für eine neue Forderung erzeugt."

[90]) Der Eigentümer behielt keine Gewehre zurück, sondern verlor dieselbe.

S. v. Meibom S. 356.

Stobbe, Gewere S. 464.

2. Diese Satzung war ein dingliches Recht[91]), da der Gläubiger in kraft seines Pfandrechts, also seines eigenen Rechts Anspruch auf die Sache zum Zwecke der Ausübung seines Besitz- und Nutzungsrechts hatte und ihm dieser Anspruch gegen alle Welt, sohin nicht bloß gegen den Verpfänder und dessen Universalsuccessoren, sondern auch gegen Dritte, insbesondere gegen jene zustund, an welche etwa der Schuldner den verpfändeten Grundbesitz veräußerte[92]).

3. Sie war aber auch ein accessorisches Recht[93]), da das Pfandrecht, so mannigfaltig auch die dasselbe veranlassenden causae debendi waren[94]), ganz nach der Natur seiner spezifischen Zweckbestimmung in seinem Fortbestande — und mochte das Pfandverhältnis Jahrhunderte dauern — immer von der zu Grunde liegenden Forderung abhängig blieb und mit der Tilgung der letzteren sofort von selbst erlosch.

Zwar hat bekanntlich v. Meibom (S. 264 ff.) die accessorische Qualität der älteren Satzung bestritten und die Behauptung aufgestellt, daß bei derselben überhaupt entweder schon von Anfang an kein Forderungsrecht bestanden habe oder durch dieselbe aufgehoben, konsumiert worden sei, so daß der wahre Inhalt dieser Satzung ein Tauschgeschäft gewesen sei, indem der eine Kontrahent die Nutzung an seinem Grundstücke dem anderen Kontrahenten veräußert und der letztere hiefür eine bestimmte Geldsumme bezahlt habe, wobei jedoch dem ersteren das Einlösungsrecht vorbehalten geblieben sei; er bezeichnet daher die ältere Satzung mit dem Titel „Die Satzung als Tauschgeschäft."

Es ist jedoch klar, daß, wenn diese Ansicht richtig wäre,

---

[91]) von Roth, Bayer. Civilr. Bd. II § 181.
Stobbe, Dtsch. Pr.R. II S. 304.

[92]) Siehe hierüber unten Ziff. 4.

[93]) von Roth loc. cit.
Stobbe, Dtsch. Pr.R. II S. 299.

[94]) Siehe die urkundlichen Nachweise über die Mannigfaltigkeit dieser causae deb. bes. bei Kohler loc. cit. S. 118 ff.

die ältere Satzung, wenn sie auch in dieser Gestaltung wirtschaftlich dem Realkredit zu dienen geeignet gewesen wäre, aus der Materie des Pfandrechts gestrichen werden müßte und ebensowenig ein Pfandrecht im wissenschaftlichen Sinne des Wortes wäre als dies, wie allseits und auch von Meibom anerkannt wird, bei dem so häufig und zwar schon zur Zeit der Volksrechte vorkommenden „Kauf auf Wiederkauf“ der Fall war, bei welchem der Grundbesitzer sein Eigentum auf den anderen Kontrahenten überträgt und nur den obligatorischen Anspruch behält, das Grundstück gegen Zahlung einer bestimmten Summe zurückzuerwerben.

Allein diese übrigens mit bewunderungswürdigem Scharfsinn entwickelte Ansicht von Meibom's, welche auch adoptiert ist von Levis (Succession der Erben S. 111) und Franken (das französ. Pfandrecht im Mittelalter 1879 I, S. 98 ff.), dürfte doch nunmehr durch die Ausführungen von Stobbe (Krit. Viertelj. IX, S. 294 u. ff.), Sohm (Grünh., Zeitschr. V, S. 12 Note 17) und Kohler (S. 97 ff.) als widerlegt zu betrachten sein; von Meibom gibt selbst zu (S. 359), daß das Einlösungsrecht „auch gegen den dritten Erwerber der Pfandschaft stattfindet.“ Allein woraus schöpfte denn das Einlösungsrecht diese dingliche Wirksamkeit, wenn nicht eben daraus, daß die Forderung dem Pfandobjekte auf dem Nacken bis zur Tilgung derselben d. i. bis zur Einlösung haften blieb?

Am deutlichsten zeigt sich die fortdauernde Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung bei der sog. Todsatzung (Todsate)[95]) d. i. Satzung, um die Forderung zu tilgen. Während nämlich prinzipiell die dem Gläubiger eingeräumte Nutzung, wie bereits erwähnt, nur als Ersatz für den Mangel anderweitiger fruktifizierlicher Verwendung seines Kapitals, sohin gewissermaßen als Kapitalsrente zu dienen hatte, konnte durch besondere Verab-

[95]) In den französ. Quellen wird umgekehrt gerade diese Todsatzung vifgage und unsere gewöhnliche Satzung mortgage genannt, indem bei der ersteren von dem Gedanken des seine Lebenskraft durch Vernichtung der Forderung bethätigenden Pfandrechts ausgegangen wird.

redung festgesetzt werden, daß die Nutzungen auf das Kapital selbst angerecht werden sollen; hiedurch wurde die Schuld allmählich abgetragen, und der Gläubiger hatte die verpfändete Liegenschaft herauszugeben, wenn die Nutzungen die Höhe des Kapitals erreicht hatten[96]).

Diese Todsatzung, welche streng genommen eigentlich allein hätte zulässig sein sollen, indem die gewöhnliche Satzung mit Rücksicht auf das kanonische Verbot, Zinsen vom Kapitale zu nehmen, ein Wuchergeschäft im Sinne des Mittelalters enthielt, als solches jedoch wenigstens in Deutschland (strenger in Frankreich und England) nur in wenigen Rechten aufgefaßt wurde, wäre aber ohne Voraussetzung des Fortbestandes der Forderung geradezu nicht denkbar, da eine a priori nicht vorhandene oder sofort mit Entstehung des Pfandrechts konsumierte Forderung natürlich überhaupt nicht, am allerwenigsten aber successive getilgt werden kann.

Auch ist die v. Meibom'sche Konstruktion der älteren Satzung nicht erklärlich für jene Fälle, in welchen die Satzung für künftige Forderungen konstituiert wurde[97]).

Die ältere Satzung war also ohne Zweifel ein accessorisches Recht, wenn auch allerdings im Leben das Nutzungsrecht — welches als ein dieser Satzung wesentliches Moment im Gegensatz zu der nur auf einem Nebenvertrag beruhenden Röm. Antichresis in und mit dem Pfandrechte selbst dinglicher Natur war[98]), — sehr in den Vordergrund trat und bei der oft sehr langen Dauer des Pfandverhältnisses die Erinnerung an das Forderungsrecht (Einlösungsrecht) für die Besitzer der verpfändeten Güter und Herrschaften zuweilen recht unangenehm sein mochte[99]).

---

[96]) Stobbe, Dtsch. Pr.R. § 106 S. 302.

[97]) Kohler, S. 129 u. 130.

[98]) S. S. Dr. Quaritsch loc. cit. § 151.

Windscheid, Pand. § 234.

Kohler, S. 74 vindiziert auch schon dem Röm. Nutzungspfandrecht dingliche Qualität.

[99]) Dies beweisen am besten die Territorialpfandschaften, welche in

4. Die wichtigste Eigentümlichkeit der älteren Satzung aber, welche den fruchtbarsten Keim zu unserem modernen Grund- und Hypothekenbuchssystem gelegt hat, war der im Mittelalter und zwar zunächst im Gebiete des Sächsischen Rechts, später aber auch in Süddeutschland[100]) überwiegend zur Geltung gelangte Grundsatz, daß die Satzung nur durch Auflassung vor Gericht (oder Rat) begründet werde und sohin überwiegend die gerichtliche Auflassung ein Entstehungselement der Satzung bildete.

Die mächtige Wirkung dieser gerichtlichen Auflassung, welche wie bei der Eigentumsübertragung auch das materielle Rechtsgeschäft d. i. die causa debendi in den Kreis der öffentlichen Konstatierung aufnahm, bestund aber einerseits darin, daß der Gläubiger sofort mit der Auflassung einen absoluten, weil auf gerichtlichem Zeugnisse beruhenden Beweis für seinen Anspruch erlangte, und andererseits darin, daß alle seinem Pfandrechte entgegenstehenden Rechte Dritter an dem Pfandobjekte, seien dies nun Eigentumsrechte oder sonstige dingliche Rechte hieran, bei dem Mangel eines Widerspruchs gegen die Verpfändung hinsichtlich der Anwesenden sofort mit der Auflassung, hinsichtlich der Abwesenden aber binnen Jahr und Tag präkludiert wurden, also die rechte Gewere eintrat, welche hier in der Gestalt des Besitzrechtes ohne das ihr sonst wesentliche Moment des faktischen Besitzes wie das Röm. jus possessionis auftritt[101]).

Wegen dieser großen Vorteile, welche die gerichtliche Auflassung gewährte, wurde von derselben auch in jenen Rechtsge-

---

den Wahlkapitulationen der Deutschen Kaiser eine so große Rolle spielten und die erste Veranlassung zu einer gründlicheren historischen Untersuchung der Deutschen Satzung gegeben haben.

S. v. Meibom S. 4.

[100]) z. B. in Bayern wurde die gerichtliche Auflassung bis in das 14. Jahrhundert nicht gefordert.

Merkel, Zeitschr. für Rechtsgeschichte II S. 173.

[101]) v. Meibom, S. 324 ff.

Stobbe, Dtsch. Pr.R. II § 106 S. 304, § 94 Note 23, § 74 Note 10 und § 72 Note 7a.

bieten, in welchen zur Entstehung der Satzung schon ein Privatakt genügte [102]), sehr häufig Gebrauch gemacht [103]).

In dieser gerichtlichen Auflassung als Entstehungselement für Eigentum und Pfandrecht an Immobilien und in der sich hieran knüpfenden Wirkung der rechten Gewere ist der organische Ausgangs- und Verbindungspunkt für das unser modernes Grundbuchsrecht (inkl. des Hypothekenrechts) beherrschendes (formelles und materielles) Publizitätsprinzip zu erblicken und erweist sich sohin dieses Grundbuchsrecht als eine ureigne Schöpfung des Deutschen Volksgeistes, welcher sich hiemit ein glänzendes Denkmal seiner Befähigung für praktische Rechtsbildung gesetzt hat.

II. Die neuere Satzung (in den franz. Quellen obligation genannt).

Die neuere Satzung, Satzung um Schuld, von Meibom (S. 402) sehr zutreffend bezeichnet mit „Satzung als Anweisung von Exekutionsgegenständen", welche, wie bereits erwähnt, in den Städten (etwa im 13. Jahrhundert) entstanden ist, und beinahe ausschließlich in den Städten bis zur Rezeption d. R.R. im Gebrauche blieb, war ein Rechtsgeschäft, durch welches (ähnlich wie bei der Röm. Hypothek) dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung die Befugnis eingeräumt wurde, eine ihm vom Schuldner angewiesene Liegenschaft, die aber im Besitze und Genusse des Schuldners verblieb, zu seiner Befriedigung zu verwenden; sie gewährte, wie v. Meibom (S. 403) sich ausdrückt, „dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an einem

---

[102]) Nachweise über bloße Pfandverschreibungen s. bei Kohler, S. 321, 325, 327, 332, 336, 346.

Übrigens unterliegt es meines Erachtens keinem Zweifel, daß da, wo solche Privatverpfändungen Gültigkeit hatten, die Satzung als dingliches Recht, also als wirkliches Pfandrecht erst mit der thatsächlichen oder symbolischen Übergabe der verpfändeten Liegenschaft an den Gläubiger, resp. mit der thatsächlichen Ausübung des Nutzungsrechts entstund, da erst hiemit die Gewere und erst binnen Jahr und Tag von da ab die rechte Gewere eintrat. Conf. Stobbe, Dtsch. Pr.R. Bd. II § 74.

[103]) v. Meibom S. 324.

Gegenstande diejenigen Rechte, welche er gehabt haben würde, wenn dieser Gegenstand für ihn im Exekutionswege als Pfand genommen worden wäre."

Für die Städte als Sitz von Handel und Gewerbe paßte nämlich die ältere Satzung wenigstens hinsichtlich des rein städtischen Grundbesitzes (Häuser) nicht, da der Geschäftsmann den Besitz und Genuß seines Anwesens nicht wohl entbehren konnte, wenn anders er sein Geschäft fortbetreiben wollte, weshalb hier das Kreditbedürfnis für länger dauernde Kapitalsaufnahmen durch den seit Ende des 12. Jahrh. in den Städten Nord- und Süddeutschlands auftretenden sog. Rentenkauf d. i. durch Konstituierung einer auf ein Wohnhaus als Reallast gelegten Verbindlichkeit zur jährlichen Zahlung einer fixen Geldsumme, also einer Rente, deren Grundkapital wenigstens prinzipiell seitens des Gläubigers nicht kündbar war, befriedigt wurde, und fand dieser Rentenkauf, bei welchem also der Schuldner im Besitz und Genuß des Pfandobjekts verblieb, umsomehr eine sehr große Ausdehnung, als die Frage, ob auch der Rentenkauf unter das kanonische Zinsverbot falle, von den Päbsten verneint wurde[104]).

Für kurz vorübergehende oder doch wenigstens auf möglichst rasche Abwickelung gerichtete Schuldverhältnisse dagegen wurde die neuere Satzung eingeführt, welche lediglich dem Sicherheitszwecke diente, da hier das kanonische Verbot Zinsen vom Kapitale zu nehmen in Betracht kam.

Diese neuere Satzung hat sich nun, wie bereits oben angeführt, keineswegs aus der älteren Satzung entwickelt, sondern war ein hievon ganz verschiedenes selbständiges Rechtsgebilde, welches im Anschluß an den Prozeß insbesondere an das Immobiliarexekutionsverfahren des Mittelalters nach und nach entstanden ist, weshalb über diesen prozessualen Punkt, der auch

---

[104]) Stobbe, D. Pr.R. II, § 104 S. 272.

Als geltendes Rechtsinstitut besteht der Rentenkauf noch in München unter dem Namen „Ewiggeld" s. v Roth, Bayr. Civilr. II, § 176. S. das Nähere über den Rentenkauf in dem Anhange S. 91 u. ff.

für das Verständnis unserer modernen Hypothek sehr wichtig ist, folgende Bemerkungen beigefügt werden[105]).

Wenn der Schuldner vor Gericht oder Stadtrat, sei es im Prozesse, sei es ohne solchen, also auch nur in der Sphäre der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Schuldbekenntnis mit Zahlungsversprechen abgelegt hatte, so bedurfte es im Hinblick auf die bereits mehrfach betonte absolute Beweiskraft des Gerichtszeugnisses keines Urteils, sondern der Richter konnte auf Anrufen des Gläubigers bei Verfall der Schuld sofort nach fruchtlosem Ablauf einer dem letzteren gesteckten Zahlungsfrist mit der Exekution vorgehen[106]).

Das Exekutionsverfahren im Mittelalter aber zerfiel in zwei Abschnitte[107]), wovon der erste Teil die Sicherstellung der Befriedigung des Gläubigers bezweckte und bestund[108])

a. in der unter symbolischen Zeichen (der Aufsteckung eines Handschuhes oder eines Strohwisches oder eines Kreuzes) erfolgenden Beschlagnahme des schuldnerischen Grundbesitzes (Fronung, Kummer, Besate) mit der Wirkung der Dispositionsbeschränkung und

b. in dem sich hieran schließenden innerhalb gewohnheitsrechtlicher Fristen vorzunehmenden dreimaligen gerichtlichen Aufbieten des Pfandes d. i. einer gerichtlichen Proklamation, durch welche der Schuldner zur Einlösung des Pfands mittelst Zahlung der Schuld, und zugleich dritte Beteiligte also hauptsächlich die Gläubiger, die etwa infolge früherer Beschlagnahme oder älterer Verpfändung ein besseres Recht zu haben vermeinten, sowie allenfallsige Eigentümer zur Wahrung ihrer Rechte aufgefordert wurden.

Nach den süddeutschen Rechten (bes. Bayer. Recht), welchen der Begriff der nach Jahr und Tag eintretenden rechten Gewere ursprünglich fremd war, mußte indes (statt dieses gerichtlichen Aufgebots) lediglich das gefronte Gut dem Schuldner vom Gläubiger

[105]) v. Meibom S. 39—177.

[106]) v. Meibom S. 45 und 48.

[107]) v. Meibom S. 70/71.

[108]) v. Meibom S. 97—100 und S. 103—105.

(in der Regel binnen 6 Wochen nach der Fronung) angeboten werden.

Der zweite Abschnitt[109]), welcher eintrat, wenn das Aufbieten keine Einlösung des Pfandes zur Folge hatte, umfaßte zunächst die **Geweldigung** d. i. die (wirkliche oder symbolische) Einweisung des Gläubigers in den Besitz des gefronten Grundstücks, worauf

a. nach der einen Gruppe der Rechtsquellen (Sachsenspiegel) nach Ablauf von Jahr und Tag die gerichtliche Übereignung des gefronten Grundstücks an den Gläubiger folgte, ohne daß hiebei eine Schätzung des Grundstücks und Herauszahlung der hyperocha stattfand,

b. nach den übrigen weitaus überwiegenden Rechtsquellen dagegen entweder sofort nach der Geweldigung (Magdeburger Recht) dem Gläubiger das Recht erwuchs, das Grundstück zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen, wobei sodann dem Schuldner das Einlösungsrecht nach dem Verkaufe binnen Jahr und Tag[110]) zustund, oder dem Gläubiger (nach Hamb. und Lübischem Rechte) das Verkaufsrecht erst Jahr und Tag nach der Geweldigung gebührte, mit dem Verkauf aber auch das Einlösungsrecht des Schuldners ausgeschlossen war, oder endlich (nach süddeutschen Rechten d. i. bayer., schwäb. und schweizerischen Rechtsquellen) das Verkaufsrecht des Gläubigers sofort nach der Geweldigung (Vergönnung des Gantrechts mit Besitzeinweisung) eintrat, ohne daß der Schuldner nach dem Verkaufe noch ein Einlösungsrecht hatte[111]).

Eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Deutschen Zwangsvollstreckungsrechts zeigte sich hiebei darin, daß nach vielen Rechten der Gläubiger, ehe er zum Verkauf des Pfandobjekts

---

[109]) v. Meibom S. 108, 112, 115—126.

[110]) Über kürzere Fristen des Einlösungsrechtes s. Kohler S. 32.

[111]) Der Schwabenspiegel anerkennt die Frist von Jahr und Tag nicht zu Gunsten des Schuldners, sondern nur zu Gunsten der Erben desselben v. Meibom S. 121.

schritt, verpflichtet war, den Versuch zu machen, seine Befriedigung durch Versatz des Pfandgegenstands zu erlangen[112]).

Schließlich wird auch noch hervorgehoben, daß erst im 15. Jahrhundert an die Stelle des Verkaufs durch den Gläubiger der gerichtliche Verkauf an den Meistbietenden (unsere Subhastation) getreten ist[113]).

Mit Rücksicht auf diese soeben in den allgemeinsten Zügen dargelegten prozessualen Verhältnisse bestund nun das Wesen der neueren Satzung, zu deren Entwickelung ich hiemit zurückkehre, darin, daß der Gläubiger zur Sicherheit einer Forderung durch Vertrag (Konventionalpfand) dieselben Rechte an der verpfändeten Liegenschaft erlangte, welche er im Falle der Einklagung dieser Forderung durch gerichtliche Beschlagnahme — Fronung — dieser Liegenschaft erworben hätte, weshalb der Gläubiger, wenn er rechtzeitig nicht befriedigt wurde, sofort die Exekution (gleichsam Fortsetzung derselben) beantragen konnte, worauf nach dreimaligem erfolglosen Aufgebot resp. (süddeutsche R.) nach vorgängigem Anbieten die verpfändete Liegenschaft dem Gläubiger geweldigt und sodann je nach Maßgabe der verschiedenen Rechte dem Gläubiger nach Jahr und Tag übereignet d. i. an Zahlungsstatt zu Eigentum zugeschlagen oder demselben zugleich mit der Geweldigung das Recht zugesprochen wurde, das Pfandobjekt sofort resp. nach Jahr und Tag durch Versatz oder Verkauf zu seiner Befriedigung zu verwenden.

Man kann daher, wenn man die Natur der neueren Satzung in der Sprache unseres modernen Rechts charakterisieren will, sagen, daß sie einen vollstreckbaren Titel mit der sofortigen Wirkung der gerichtlichen Beschlagnahme des Pfandobjekts gewährt habe.

---

112) S. v. Meibom S. 91 und 123, wonach diese Verpflichtung als eine allgemein gültige erklärt wird, wenn sie auch in den Quellen selten erwähnt wird.

Kohler S. 6 u. ff.

113) v. Meibom S. 94.

Im einzelnen folgendes:

1. Der wesentliche Inhalt dieser neueren Satzung umfaßte ganz im Gegensatze zu der älteren Satzung gerade das, was der letzteren fehlte, nämlich hauptsächlich das Distraktionsrecht, während das Recht des Besitzes wenigstens in der älteren Zeit keineswegs so energisch wie bei der Röm. Hypothek als eine dem Gläubiger gegen jeden Dritten eingeräumte Macht entwickelt war.

Durch die Fronung erlangte nämlich der Gläubiger auf keinen Fall schon eine Gewere[114]) an der gefronten Liegenschaft, und das Gleiche war daher auch bei der Satzung der Fall, da dem Gläubiger der faktische Besitz fehlte und die Satzung auch nicht (s. unten) auf einer förmlichen Auflassung beruhte, sohin auch nicht von einer Gewere im Sinne des jus possessionis die Rede sein kann, vielmehr entstund die Gewere erst durch die Geweldigung, also nicht schon durch den Verpfändungsvertrag, sondern erst später im Laufe des Exekutionsverfahrens und war also erst ein prozessuales Resultat. Auch war das Satzungsrecht des Gläubigers wenigstens da, wo das Institut der rechten Gewere galt, fortwährend dadurch bedroht, daß, wenn der Schuldner die verpfändete Liegenschaft trotz seiner mangelnden Dispositionsbefugnis einem Dritten aufließ, dieser Dritte nach Jahr und Tag die rechte Gewere an der Liegenschaft erlangte, womit das Satzungsrecht des Gläubigers, soferne der letztere innerhalb der fraglichen Zeit nicht protestiert resp. Klage erhoben hatte, präkludiert war.

Allein immerhin gewährte die Satzung dem Gläubiger eine gewisse Macht über die Sache, da er die verpfändete Liegenschaft auch gegen den Dritten, welcher ihn überdies nicht an den persönlichen Schuldner oder Bürgen wie im Röm. Recht verweisen konnte, also kein beneficium excussionis hatte (v. Meibom S. 424), vermittels direkter Klage angreifen und die Veräußerung als widerrechtlich anfechten und rückgängig machen konnte, soferne

---

[114]) Über die vereinzelt stehende gegenteilige Entscheidung der Magdeburger Schöffen (Magdeb. Fr. I 6, d. 8), wonach dem Pfandgläubiger die Gewere zugesprochen wird s. Stobbe, Gewere, S. 479 und v. Meibom S. 438.

dies nur rechtzeitig geschah (Magdeburger Recht)[115]); auch erlangte er das Vorzugsrecht vor späteren Gläubigern, jedoch galt an manchen Orten das Prinzip der Prävention nach dem Rechtssprichworte: prior in petitione, prior in jure[116]), so daß derjenige Gläubiger dem älteren Pfande vorging, der früher geklagt und keine Einsprache erfahren hatte[117]).

2. Die neuere Satzung war daher ursprünglich allerdings ein dingliches Recht[118]) nur in beschränktem Sinne, indem gerade die bei der Hypothek in Betracht kommende intensive Äußerung der Dinglichkeit, daß sie nämlich auch dann ihre volle Kraft behält, wenn die Sache in die Hand eines Dritten gelangt, bei dieser Satzung anfänglich noch nicht mit wirklicher Energie entwickelt war.

Später wurde jedoch (allerdings vielleicht schon unter Einflüssen des R.R.) die rechte Gewere in ihrer erlöschenden Kraft zu Gunsten des Pfandrechts für unwirksam erklärt, und gelangte, überhaupt die volle dingliche Wirksamkeit des Pfandrechts im 14. und 15. Jahrhundert zur allgemeinen Anerkennung[119]).

Wenn hiegegen v. Meibom (S. 432 ff.) der neueren Satzung überhaupt den dinglichen Charakter abspricht und solche lediglich als ein obligatorisches Rechtsverhältnis auffaßt, so beruht diese Ansicht ebenso wie die gleiche Ansicht Sohm's über diese Satzung und zugleich über das Wesen der modernen Hypothek (s. Sohm loc. cit. S. 22 und S. 27 ff.) im Grunde genommen auf der Idee, daß (v. Meibom S. 413) „das Veräußerungsrecht

---

115) S. v. Meibom selbst S. 61 und 441.

116) „Der Erste in der Zeit, der Erste im Recht", s. Rechtsspr. von Graf und Dietherr S. 25.

117) v. Meibom S. 454 sagt, daß die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe der Prävention ursprünglich gemeinrechtlicher Grundsatz gewesen sei.

118) S. Stobbe, Dtsch. Pr.R. II § 107 Note 14a und insbesondere Kohler S. 22 u. ff.

119) Kohler S. 27/28 Note 1.

v. Meibom Dtsch. Pr.R. II S. 310.

des Gläubigers nicht aus dem Satzungsrechte desselben, sondern lediglich aus der Vollmacht, Gewalt, welche das Gericht ihm vermittelst der Geweldigung erteilte, entsprang" oder daß, wie Sohm (S. 29) sich noch drastischer ausdrückt, „das Recht auf Exekution weder ein dingliches Recht noch ein Forderungsrecht noch überhaupt ein Privatrecht, sondern vielmehr ausschließlich öffentlich rechtlicher Natur und daher außer stande ist, den Inhalt eines Privatrechts zu bilden."

Allein diese Ansicht beruht nach meiner Überzeugung auf einer merkwürdigen Verkennung der Natur und der Aufgabe des Civilprozesses, welche demselben im gesamten Rechtsorganismus zugeteilt ist. Im Civilprozesse handelt der Satzungsgläubiger wie nicht minder der Hypothekgläubiger der Gegenwart (und überhaupt jeder Gläubiger) in Kraft seines eigenen Satzungs- resp. Hypothekrechts (auch nicht, wie so häufig irrig angenommen wird, als Vertreter des Schuldners), und der Staat leiht ihm nur zur Verwirklichung dieses Privatrechts seinen Arm, kann ihm aber dieses Recht nicht erst geben, sondern nur das bereits vorhandene Recht mit seiner mächtigen Signatur versehen, infolge deren sodann mit Rücksicht auf das Verbot der Selbsthülfe die staatlichen Vollstreckungsorgane das Pfandrecht des Gläubigers zur Realisierung bringen; das Privatrecht findet also keineswegs mit der Betretung der Gerichtsschwelle sein Ende, sondern offenbart vielmehr nun in den Formen des Prozesses seine Lebenskraft und zeigt gerade im Prozesse in der schneidigsten Weise die Macht seines lebendigen Daseins.

3. Auch die accessorische Natur der neueren Satzung kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, da insbesondere der Gläubiger, soweit nicht das Übereignungssystem (Sachsenspiegel) galt, bei dem Verkaufe des Pfandobjekts die hyperocha herausgeben mußte, und der Schuldner bei Unzulänglichkeit des Erlöses zwar nach älterem Rechte, soweit nicht besondere weitergehende Vereinbarung vorlag, nur mit dem verpfändeten Objekte, also bei kasuellem Untergange der Gebäude nur mit der area,

dagegen nach späterem Rechte für den Ausfall persönlich mit seinem ganzen übrigen Vermögen haftete[120]).

4. Zur Begründung der neueren Satzung wurde zwar nicht, wie man früher allgemein annahm, eine förmliche Auflassung gefordert, indem diese Meinung nun durch v. Meibom (S. 415 ff.) gründlich widerlegt ist, wohl aber bildete nach der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Rechte ein Akt **vor Gericht oder Rat** ein Entstehungselement dieser Satzung, indem das Rechtsgeschäft nebst Verpfändung vor Gericht oder Rat verlautbart, in das Gerichts-, Stadt- oder besondere Pfandbuch eingetragen und dem Gläubiger hierüber eine Urkunde ausgefertigt wurde[121]).

Übrigens wurden allerdings schon vor Rezeption des R. R. Privathypotheken an einzelnen Orten für gültig erklärt und genügte insbesondere in einzelnen Städten zur Begründung der Satzung die Übergabe des Hausbriefes[122]).

5. Bei der älteren Satzung war eine Mehrheit von Pfandrechten der Natur der Sache nach ausgeschlossen, jedoch kam auch schon bei dieser Satzung ein relatives Pfandrecht an der übertiure d. i. an dem Überschusse in der Art vor, daß der Nachpfandgläubiger das Recht erlangte, den vorgehenden Gläubiger abzulösen und sich an dessen Stelle in die Nutzung des Guts zu setzen[123]).

Auch bei der neueren Satzung war ursprünglich die Bestellung von mehreren Pfandrechten an derselben Liegenschaft (wie überhaupt jede Weiterbelastung) verboten.

---

120) Stobbe, Dtsch. Pr.R. II, S. 312.
Conf. v. Meibom S. 424 ff.

121) z. B. in München: Versetzung vor Gericht, Eintragung in das Gerichtsbuch, Urkunde mit dem Stadtsiegel; in Lübeck und Hamburg: Verpfändung vor dem Rat unter Eintragung in das Stadtbuch.
Stobbe, Dtsch. Pr.R. II, S. 306 Ziff. 2 u. Note 4.
Conf. v. Meibom S. 416 u. ff.

122) S. hierüber v. Roth, Bayer. Civilr. II, § 181.

123) Kohler S. 240.

Später aber gestattete man dieselbe und gelangte im allgemeinen wie das R. R. zu dem Prinzip (Prioritätsprinzip), daß das jüngere Pfandrecht, welches man sich als auf dem residuum des Werts („pignus in residuo valore“ „auf die überteur“) haftend dachte, dem älteren nachsteht und daß der spätere Gläubiger, soweit ihm nicht nach einzelnen Rechten das bereits erwähnte Präventionsprinzip zu statten kam, nur befriedigt wird, wenn der erste Gläubiger durch das Pfand selbst oder durch Auslösung seitens des nachstehenden Gläubigers bezahlt ist [124]).

Übrigens war der Eigentümer bei Meidung schwerer Strafe verpflichtet, dem Gläubiger die bereits bestehenden Pfandrechte anzuzeigen [125]), da das Strafrecht die Stelle des bei dieser Satzung nur sehr mangelhaft entwickelten materiellen Publizitätsprinzips ersetzen sollte.

Es kann nach diesen Erörterungen kein Zweifel bestehen, daß das Deutsche Recht, solange es von fremden Rechten unbeeinflußt war, also aus den Rechtsanschauungen des eigenen Volks seine Normen schöpfte, der Lösung der Aufgabe, welche das Kreditbedürfnis des wirtschaftlichen Lebens an die Pfandgesetzgebung nach den Eingangs des § 8 bereits entwickelten Gedanken stellt, in hohem Grade nahe gekommen ist, und bereits den Grund legte zu allen jenen Hauptprinzipien, auf deren Ausbildung die bedeutende Vollkommenheit unseres dermaligen Deutschen Pfandrechts zurückzuführen ist.

Dies zeigt sich hauptsächlich in folgenden Momenten:

1. Das Deutsche Recht kannte weder ein gesetzliches noch privilegiertes Pfandrecht, sondern nur ein Konventionalpfand und ließ außerdem, wie ich hier beifüge, ein Pfandrecht nur durch richterliche Geweldigung (Besitzüberweisung) im Exekutions- und Arrestverfahren entstehen.

2. Weiter aber trennte dasselbe der Natur der Dinge ge-

---

[124]) Stobbe, Dtsch. Pr.R. II, S. 308.
Kohler S. 28.
Conf. v. Meibom S. 429 u. 455.

[125]) Stobbe l. c. S. 308.

mäß die Normen über das Pfandrecht an Mobilien von jenen über das Immobiliarpfandrecht und forderte als Entstehungselement für das Mobiliarpfand die Besitzübertragung.

3. Für Begründung des Immobiliarpfandrechts dagegen verlangte dasselbe wenigstens überwiegend einen öffentlichen Akt nämlich: für die ältere Satzung die gerichtliche Auflassung, für die neuere Satzung aber Verlautbarung des Rechtsgeschäftes vor Gericht oder Rat und Eintragung in öffentliche Bücher (formelles Publizitätsprinzip).

4. Überdies aber präkludierte dasselbe durch das Institut der rechten Gewere, die sich an die gerichtliche Auflassung und beziehungsweise an den faktischen Besitz des Pfandobjekts von gewisser Dauer knüpfte, die dem Pfandrechte entgegenstehenden oder dasselbe schmälernde dinglichen Rechte Dritter an der verpfändeten Liegenschaft (materielles Publizitätsprinzip).

5. Endlich ließ dasselbe eigentliches Pfandrecht nur an einzelnen bestimmten Gegenständen zu (Spezialitätsprinzip), indem es der Generalhypothek wenigstens keinen Vorzug vor älteren Gläubigern einräumte.

Schließlich ermangle ich nicht wiederholt hervorzuheben, daß auch der altdeutsche Prozeß dem Kreditbedürfnis durch die sofortige Vollstreckbarkeit der vor Gericht abgelegten Schuldbekenntnisse mit Abkürzung des Exekutionsverfahrens in nicht unerheblichem Maße zu Hülfe kam.

Der Rentenkauf. (Anhang.)

Ehe ich nun hinsichtlich des Immobiliarsachenrechts die Zeit des Übergangs mit der immer mehr um sich greifenden Herrschaft des Röm. Rechts und der nach langen Wirrsalen nach und nach durch die Partikulargesetzgebungen erfolgenden Rückkehr zum Deutschen Rechte in das Auge fasse, ermangle ich nicht, über den bereits erwähnten **Rentenkauf**[126]), welcher zwar dem Gebiete der

---

[126]) S. hierüber Albrecht, Gewere 1828 S. 157—188.
Auer, das Stadtrecht von München 1840 S. CXXIX ff.
Pauli, die Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lübischen Rechts 1865.

Reallasten angehört, jedoch nicht nur wirtschaftlich, sondern auch juristisch dem Pfandrechte sehr nahe steht, noch einige Bemerkungen anzufügen, da dieses Rechtsinstitut, welches einen sehr gewichtigen Bestandteil des mittelalterlichen Rechts über das Realkreditwesen darstellt, für die Ausbildung der modernen Hypothek und insbesondere für die Konstruierung der „Grundschuld" resp. der von der Fachkommission vorgeschlagenen „Konsenshypothek" ohne allen Zweifel von hoher Wichtigkeit und sogar teilweise von fundamenaler Bedeutung war[127]) und dasselbe überdies gerade in neuester Zeit vom wirtschaftlichen Standpunkte aus vielseitig zu einer neuerlichen, wenn auch modifizierten Wiederbelebung empfohlen wird. Wollte im Mittelalter der Kapitalist sein Geld nutzbringend gegen Sicherheit anlegen, so konnte er hiezu nicht die neuere Satzung anwenden, da ihm hiebei das kanonische Verbot, Zinsen vom Kapitale zu nehmen, entgegen trat, sondern er mußte sich entweder gegen sein Geld Grundbesitz zur Nutznießung übergeben lassen (ältere Satzung) oder Grundbesitz kaufen und denselben einem anderen (Schuldner) gegen Zins leihen (Erbleihe) — der Gläubiger blieb bei diesem Geschäfte Eigentümer der betreffenden Liegenschaft (daher der Erbzins keine Reallast) — oder er mußte sich eine Rente kaufen d. h. er gab dem Eigentümer einer Liegenschaft (Schuldner) ein Kapital in der Art, daß er (Gläubiger) berechtigt wurde, aus dieser Liegenschaft, ganz gleichgültig, ob dieselbe im Eigentume des Konstituenten verblieb oder unter welchem Titel nur immer einen andern Eigentümer erhielt oder derelinquiert wurde, alljährlich eine bestimmte Rente zu ziehen. — Dieß war der sog. Rentenkauf.[128])

---

v. Roth, Bayer. Civ.R. 1872 Tl. II § 176 ff.

Stobbe Deutsch. Pr.R. 1883 Bd. II § 104.

Kohler loc. c. Seite 101.

[127]) Auch in der neuesten Preuß. Subh.Ord. zeigen sich Bestimmungen, deren Grundlagen in dem altdeutschen Rentenkaufe zu erblicken sein dürften.

[128]) Er war kein mutuum palliatum, obgleich ohne Zweifel das kanonische Verbot, Zinsen vom Kapital zu nehmen, auf dessen Verbreitung sehr eingewirkt hat, und scheint sich aus der Erbleihe, wenn auch solche juristisch von demselben zu trennen ist, entwickelt zu haben; übrigens wurde

Der Rentenkauf hatte daher, so lange die Hypothek nicht bekannt war, im Mittelalter dieselbe wirtschaftliche Funktion wie unsere Darlehenshypothek, indem bei diesem Geschäfte der Schuldner im Besitze und Genusse der belasteten Liegenschaft verblieb und doch dem Gläubiger Sicherheit für seinen Anspruch an dieser Liegenschaft, auch wenn sie in das Eigentum eines Dritten übergegangen oder herrenlos geworden war, gewährt erschien.

Diese Sicherheit wurde wesentlich dadurch erreicht, daß auch bei diesem Institute fast überall das Prinzip der Publizität zur Anwendung kam d. h. die Entstehung der Rentenberechtigung an die Auflassung vor Gericht (oder Rat) und an die Eintragung in die Grund- resp. Stadtbücher gebunden war und der Rentengläubiger durch die Auflassung resp. gerichtliche Bestätigung die rechte Gewere — wo dieses Institut überhaupt galt — erlangte.[129])

Der Inhalt dieser speziellen Reallast bestund also wie angedeutet in dem Anspruche des Gläubigers auf den jährlichen — oder in sonstigen Perioden wiederkehrenden — Bezug einer bestimmten Geldsumme (in älterer Zeit auch von Naturalien) gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks (Wohnhauses) und weiter, wenn diese Leistung nicht erfolgte, auf (Übereignung und später) gerichtliche Zwangsveräußerung dieses Grundstücks mittelst eines besonderen Exekutionsverfahrens in der Art, daß die Last als Ganzes auf den Adjudikatar überging und der letztere nur die verfallenen Renten nach Maßgabe der Größe des Meistgebots zu bezahlen hatte.[130])

---

er im Rechtsleben zuweilen zugleich mit der Erbleihe und der Satzung kombiniert.

S. z. B. die oberrheinische Urk. v. J. 1297 bei Schröder Urk. S. Nr. 164.

[129]) Stobbe loc. c. S. 275/76; conf. v. Roth loc. c. S. 362 u. ff.: in München wurde seit d. J. 1478 zur Entstehung gerichtliche Errichtung und Eintrag in das Grundbuch gefordert.

[130]) S. insbes. über die Münchner Ewiggeltgant vom 19. Mai 1571, v. Roth loc. c. S. 371 u. ff., wonach indes obiges Prinzip schon teilweise durchbrochen ist, was noch mehr gilt von der jetzigen „Zwangsvollstreckung wegen Ewiggilt" nach Art. 164 ff. der Bayer. Subh.O. vom 23. Febr. 1879.

Auf diese Befugnisse war aber auch der Anspruch des Gläubigers beschränkt; er hatte also insbes. kein Recht auf Ablösung d. i. Rückzahlung des hingegebenen Kapitals — diese Unkündbarkeit des Rentenkapitals seitens des Gläubigers ist ein dem Rentenkauf immanenter Begriff und war jede gegenteilige Verabredung der Kontrahenten reichsgesetzlich verboten [131]) — und kein Recht, zur Realisierung seines Anspruchs außer der belasteten Liegenschaft noch anderweitiges Vermögen des Grundeigentümers in Angriff zu nehmen,[132]) während andererseits dem (letztern Schuldner) durch Vertrag das Ablösungsrecht zustehen konnte und ihm solches auch schon sehr frühe durch die Gesetzgebungen[133]) gewährt wurde; auch konnte sich der Eigentümer überdies durch Dereliktion von aller Zahlungspflicht befreien.[134])

Der Rentenkauf in dieser seiner ursprünglichen reinen Gestaltung unterschied sich sohin sehr wesentlich von unserer accessorischen Hypothek, indem vor allem im Gegensatze zu unserer gewöhnlichen Darlehenshypothek das Geld nicht als Darlehen, sondern als Preis [135]) für eine Jahresrente hingegeben wurde, so daß dem Gläubiger für seinen definitiv aufgegebenen Kaufpreis ein ganz neuer selbstständiger Anspruch nemlich jener auf eine an sich ewige Jahresrente erwuchs.

Die Rente wurde indes keineswegs bloß als Gegenleistung für einen Kaufpreis, von welchem Rechtsgeschäfte als dem regelmäßigen Falle nur die generelle Bezeichnung Rentenkauf her-

---

[131]) ReichsPol.Ord. von 1548 XVII § 8 und von 1577 XVII § 9.

[132]) Stobbe loc. c. S. 277.

v. Roth loc. c. S. 370.

[133]) z. B. in Lübeck im Jahr 1251, in München 1391 (hiezu Münchner Grundb.Ord. von 1571 Art. 2 § 8) in Basel seit 1441.

v. Roth loc. c. S. 357 Note 7.

[134]) Stobbe loc. c. S. 278.

v. Roth loc. c. S. 370/71.

[135]) Dieser Preis war in älterer Zeit niedrig, so daß die Rente einen 6—10prozentigen Zins hieraus darstellte, bis die ReichsPol.Ord. von 1530 Art. 26 § 8 bestimmte, daß die Rente nicht mehr als 5 Prozent des hingegebenen Kapitals betragen dürfe.

rührt, sondern auch infolge anderer causae debendi der mannigfaltigsten Art konstituiert [136]) u. z. B. sehr häufig bei Gutsverkäufen dem Verkäufer als Äquivalent für den rückständigen Kaufschilling oder bei Erbteilungen an die Stelle hinauszubezahlender Erbquoten oder Legate den Berechtigten eingeräumt, so daß die primären Verbindlichkeiten des Schuldners untergingen und sich in den abstrakten Anspruch auf eine Jahresrente aus einer bestimmten Liegenschaft auflösten.

Weiter unterschied sich aber der sog. Rentenkauf von unserer accessorischen Hypothek dadurch, daß der angeführte abstrakte Anspruch auf Bezahlung einer Jahresrente, welchem an sich vom wissenschaftlichen Standpunkte aus notwendig obligatorischer Charakter beigemessen werden muß, in einen noch viel innigeren Zusammenhang mit dem Grundbesitz gebracht erscheint, als dies bei unseren hypothekarisch versicherten Forderungen der Fall ist, indem sich als Schuldner der Rente schon a priori nicht der Konstituent als solcher und dessen Erben, sondern die jeweiligen Eigentümer der belasteten Liegenschaft darstellten und dies zwar in der Art, daß derjenige Eigentümer, welcher das belastete Grundstück veräußerte oder derelinquierte, keineswegs (wie bei den übrigen Reallasten) persönlich für die Rentenrückstände haftbar blieb, dagegen andererseits das beschwerte Objekt in der Hand des neuen Erwerbers — auch Occupanten — für alle verfallenen Rentenbeträge der Exekution unterlag. [137])

Diese starke Immobilisierung eines an sich obligatorischen Rechts, — welches mit possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln geschützt und in seinem konkreten Dasein, als Gegenstand anderer Rechte den Immobilien gleichbehandelt wurde, — in Verbindung mit der Ausgestaltung dieses Rechts als eines abstrakten Anspruchs findet ihre historische Erklärung in der hohen wirtschaftlichen Bedeutung des Grundbesitzes im Mittelalter, welcher gewissermaßen den Mittelpunkt des ganzen Civilrechts bildete, und

[136]) Stobbe loc. c. S. 271 und 272.

[137]) Stobbe loc. c. S. 278/79.

v. Roth loc. c. S. 366 und 370.

in der Unzulänglichkeit des Prozeß- und Exekutionswesens, welche Momente den Gedanken erzeugten, daß ein Anspruch nur dann auf die Dauer gesichert sei, wenn er nach der Rechtsordnung in eine möglichst enge Verschmelzung mit dem Grundbesitze gebracht und allen Streitigkeiten aus den ursprünglichen Entstehungsgründen entrückt werden könne.

Indem ich mir nun vorbehalte, die juristisch konstruktive Seite des soeben nach seinen wesentlichsten Bestimmungen dargelegten altdeutschen Rentenkaufs, welcher von der Röm. Hypothek nach und nach fast vollständig verdrängt wurde[138]) und sich meines Wissens nur in München ziemlich rein in dem dort noch bestehenden Ewiggeldinstitut bis auf die Gegenwart erhalten hat, erst später bei der Erörterung des Begriffs der modernen Hypothek näher in das Auge zu fassen, möchte ich an dieser Stelle nur noch meiner Anschauung über einen hauptsächlich nach der wirtschaftlichen Seite des Instituts hin gelegenen Punkt Ausdruck verliehen haben.

In diesem mittelalterlichen Rechtsgebilde sind nemlich ohne Zweifel außerordentlich gesunde und praktische Ideen für die Förderung des Realkredits enthalten, welche auch für unsere Zeit mit Modifikationen d. i. unter Anpassung an unsere dermaligen wirtschaftlichen Verhältnisse und unter einer dem übrigen zivilrechtlichen Organismus adäquaten juristischen Gestaltung derselben sich noch als brauchbar erweisen.

Es hat deshalb mit vollem Rechte dieses Rechtsinstitut, wie oben angedeutet, bereits einen erheblichen Einfluß auf die Ausbildung unserer modernen Hypothek geäußert, welchem Einflusse nach einzelnen Richtungen hin zweckmäßiger Weise in dem bevorstehenden Civilrechte noch mehr Raum zu geben sein wird.

Allein eine andere Frage ist es, ob man in dieser Nach-

---

[138]) In einzelnen Territorien wurde übrigens trotz der zur Kenntnis gelangten Röm. Hypothek mit viel Zähigkeit an dem alten Rentenkaufe festgehalten und führt z. B. Dunker in der Zeitschrift f. D. R. XI S. 475 an, daß im Göttinger Stadtbuch vom 16. Jahrh. sich etwa 300 Rentenkaufsverbriefungen, aber keine einzige hypothekarische Schuldverschreibung finde.

bildung eines altdeutschen Rechtsinstituts noch viel weiter gehen und insbesondere die von der Fachkommission offenbar im Rückblick auf den Rentenkauf konstruierte Konsenshypothek als alleinige eigentliche Hypothek im modernen Sinne des Worts acceptieren und andere hypothekarisch versicherte Forderungen von den wesentlichsten Begünstigungen des modernen Hypothekenrechts ausschließen soll?

Es ist jedoch zur Vermeidung von Wiederholungen zweckmäßig, auch der Lösung dieser wichtigen Frage erst später näher zu treten, und hier überhaupt nur noch die einzige Frage zu besprechen, ob die dem Rentenkauf wesentliche Eigentümlichkeit der Unkündbarkeit des Rentenkapitals seitens des Gläubigers in dem Sinne, daß das Kapital ewig auf dem belasteten Grundstücke haften bleibt, soferne der Schuldner nicht freiwillig dasselbe bezahlt (ablöst), wieder eingeführt, oder auch nur für statthaft erklärt werden soll?

Ich stehe nicht an, diese in neuester Zeit (besonders von den Agrariern) vielfach angeregte Frage mit aller Entschiedenheit zu verneinen.

Eine Last, deren Ablösung nur in das freie Belieben des Schuldners gestellt ist und also von dem Gläubiger nicht gefordert und nicht erzwungen werden kann, wird immer, wie unser deutsches Rechtsleben drastisch genug erweist, zu dem Resultate führen, daß diese Last in der Regel thatsächlich eine ewige bleibt, und je weiter sie von ihrer Geburtszeit abliegt, um so mehr als drückend und ungerecht empfunden wird, bis endlich — meist in politisch hochbewegten Epochen — ein Machtgebot der Gesetzgebung mit mehr oder minder starker Verletzung wohl erworbener Rechte dem unerträglich gewordenen Zustande ein Ende macht.

Es ist klar, daß eine gute Gesetzgebung nicht abermals den Boden für derartige ungesunde wirtschaftliche Verhältnisse, die den konservativen Charakter des Civilrechts schädigen, frisch und neu bereiten darf, und daß vielmehr dieselbe das fast allseits anerkannte Postulat unserer Zeit, welchem auch in der Mehrzahl der Partikulargesetzgebungen in größerem oder geringerem Umfange bereits

Rechnung getragen ist, daß nemlich der Grundbesitz überhaupt nicht mehr mit unablösbaren privatrechtlichen Lasten belegt werden soll,[139]) zu beachten und zu berücksichtigen haben wird. Andererseits hat aber allerdings der Grundbesitz, wie schon am Eingange dieser Arbeit entwickelt wurde, das dringende Bedürfnis, daß ihm möglichst viele, seitens des Gläubigers im Ganzen nicht kündbare Kapitalien zugeführt werden; denn nichts gefährdet die wirtschaftliche Existenz auch des tüchtigen und fleißigen Grundbesitzers mehr als die unzeitgemäße Kündigung eines von ihm geschuldeten Kapitals, welche überdies mindestens stets Kosten wegen der Aufnahme eines neuen Kapitals verursacht, und es ist der wirtschaftliche Ruin einer nicht geringen Anzahl von Grundbesitzern der Gegenwart und Vergangenheit auf solche ungelegene Kündungen zurückzuführen, die überdies nicht immer ohne Verschulden der Gläubiger d. i. im natürlichen Verlaufe der Dinge (z. B. durch Sterbfälle, eigenen Geldbedarf ꝛc. ꝛc.), sondern teilweise auch infolge eines höchst verwerflichen raffinierten Spiels des sog. Spekulationskapitals — wenigstens bis zum Erlaß des Wuchergesetzes — erfolgt sind.

Allein dem angeführten Bedürfnisse darf nicht dadurch Rechnung getragen werden, daß man die von der Geschichte verpönten ewigen Lasten wieder auferstehen läßt, sondern ist nach rationellen nationalökonomischen Grundsätzen dadurch zu entsprechen, daß dem Grundbesitzer Gelegenheit geboten wird, möglichst viele solche Kapitalien zu erlangen, welche zwar seitens des Gläubigers nicht kündbar sind, allein neben der Verzinsung nach und nach — nach Maßgabe der bei ordentlicher Bewirtschaftung zu gewinnenden Bodenrente ähnlich wie bei der alten Todsatzung — durch alljährige kleine Abschlagszahlungen (Annuitäten) in Abführung gebracht werden dürfen, womit zugleich auch juristisch

---

[139]) Blumer führt in seiner Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratie I S. 457 an, daß schon im 15. Jahrh. die Landgemeinde von Nidwalden die Ablösung aller bestehenden Renten binnen eines Zeitraums von 8 Jahren bei Meidung des Heimfalls des pflichtigen Guts an das Land geboten und die Konstituierung neuer Renten verboten habe.

dem Wesen der Obligation, die immer ein Verhältnis der Spannung ist und daher den Keim ihrer Auflösung in sich selbst tragen muß, genügt ist.

Da indeß solche Kapitalien von einzelnen Privaten selten zu erlangen sind und auch durch landwirtschaftliche Korporationen oder Genossenschaften ohne Staatshilfe wenigstens nicht ausreichend zur Verfügung gestellt werden können, so bildet es allerdings eine sehr wichtige in neuester Zeit immer mehr erkannte Aufgabe des Staats, im Interesse der Erhaltung eines tüchtigen Bauernstandes, durch Subventionierung, Gewährung von Privilegien u. dergl. solche Korporationen und Kreditinstitute zu unterstützen, bezw. in das Leben zu rufen, welche unter Staatskontrole verpflichtet sind, successiv zahlbare Kapitalien (ohne Abzüge) gegen mäßige Verzinsung und bei nicht allzu rigoröser Behandlung des Sicherheitspunktes auszuleihen. Diese Staatsaufgabe gehört jedoch selbstverständlich der Wirtschaftspolitik und nicht der Gesetzgebung über das Zivilrecht an und kann daher auch durch letztere nicht gelöst werden.

Drittes Kapitel.

Die Zeit des Übergangs und die Rückkehr zu den Grundsätzen des Deutschen Immobiliarsachenrechts durch die Landesgesetzgebungen.

§ 10.

Die Zeit des Übergangs.

Der Kampf zwischen dem Röm. und Deutschen Recht und der endliche, wenigstens in der Hauptsache erfolgte Sieg des ersteren bildet die Signatur der Geschichte unseres Zivilrechts im 14., 15. und 16. Jahrhundert.

Die Juristen erachteten das R. R., dessen hohe Vollkommenheit sie im Gegensatze zu dem in Lokalbildungen zersplitterten aller wissenschaftlichen Reflexion ermangelnden Deutschen Rechte auf den Hochschulen und zwar seit der Mitte des 14. Jahrhunderts auch auf einheimischen Universitäten kennen und schätzen ge-

lernt hatten, nicht bloß als die Arbeit eines mit besonderer Begabung für die Rechtsbildung ausgestatteten Volkes, sondern als das Recht an sich, als absolutes Recht (das es in Wirklichkeit nicht gibt) und ließen daher deutsche Rechtsgebilde, soweit sie nicht unter die Typen des R. R. subsumierbar erschienen, nichts gelten, sondern brachten ohne weiteres Römisches Recht zur Anwendung, ohne sich hiebei bewußt zu sein, daß sie ihrem Volke fremdes Recht zuführten.[140])

Diese unter der Bezeichnung „Rezeption des R. R." bekannte Rechtsentwicklung mit der sich hieran anschließenden Umwandlung der Gerichtsverfassung hat — so sehr wir auch derselben unstreitig die wissenschaftliche Durchbildung unseres dermaligen Rechtes verdanken — in keiner Rechtsmaterie nachteiliger und unheilsvoller gewirkt als in jener des Pfandrechts und des Immobiliarsachenrechts überhaupt.

Das deutsche Immobiliarsachenrecht mit seinem Prinzip der Öffentlichkeit für Übereignungs- und Verpfändungsakte und dem hiemit verbundenen Institut der rechten Gewere wurde durch das R. Sachenrecht mit seiner Traditionstheorie und seinem System der schon durch Gesetz und Privatdispositionen entstehenden Hypotheken fast in ganz Deutschland — mit Ausnahme von wenigen kleineren Rechtsterritorien — nach und nach verdrängt und hiedurch nicht nur der Realkredit nahezu vernichtet, sondern auch die Sicherheit des Eigentums an Liegenschaften und der hiemit korrespondierende Rechtssatz in hohem Grade gefährdet.[141])

Dieser Sieg des R. R. erfolgte jedoch keineswegs sehr rasch, sondern nur ganz allmählich, indem man in vielen Territorien mit anerkennenswerter Zähigkeit an der deutschen Auflassung festhielt.

Einen merkwürdigen Beleg hiefür bietet z. B. die Württ. Landesgesetzgebung, welche ich daher etwas näher in das

[140]) S. hierüber Dr. Weber ehel. Güt. S. 63 Note 91 und 92 und Seite 2.

[141]) Conf. von Roth in der kritischen Vierteljahrsschrift v. J. 1879, Neue Folge Bd. II S. 16 ff.

Auge fassen zu müssen glaube,[142]) und dies um so mehr, als diese Landesgesetzgebung durch das Verdienst Wächters besondere wissenschaftliche Durchbildung erfahren hat und deshalb die Vorführung von zweifellosen prinzipiellen Sätzen ermöglicht und zugleich den Beweis liefert, daß jedenfalls in dieser Übergangsperiode mit ihrer Umwandlung der Gerichtsverfassung die gerichtliche Beurkundung des materiellen Rechtsgeschäfts, also, um mich im Sinne unseres modernen Grundbuchsrechts auszudrücken, die obligatorische Seite der Übereignung und Verpfändung von Immobilien den wesentlichsten und weitaus gewichtigsten, ja sogar in der Mehrzahl der Deutschen Rechtsterritorien den ausschließlichen Inhalt der Auflassung bildete.

1) Bezüglich der Übereignung von Liegenschaften bestimmte nämlich noch das erste und zweite Württ. Landrecht v. J. 1555 und 1567, daß das Veräußerungsgeschäft (Kauf, Tausch rc.) ebenso wie jedes Geschäft, durch welches andere dingliche Rechte an Liegenschaften übertragen werden, gerichtlich zu fertigen und daß das Geschäft, wenn die Fertigung vor Gericht nicht erfolge, für nichtig zu erachten sei, so daß vorher jede Partei von dem Vertrage unbedingt wieder zurücktreten könne.[143])

Erst in einem Gesetz vom Jahre 1584 und beziehungsweise in dem dritten im wesentlichen jetzt noch geltenden Landrechte vom Jahre 1610 gelangte das R. R. zur vollen Herrschaft, indem hierin erklärt wurde, daß Verträge der eben erwähnten Art auch schon außergerichtlich gültig seien, wobei übrigens auf Grund von an sich sehr gewichtigen sozialpolitischen Erwägungen die für das

---

[142]) Es scheint mir zweckmäßiger, aus der Zeit dieser unerquicklichen Übergangsperiode die Rechtsentwicklung eines einzelnen bestimmten Rechtsterritoriums wenigstens in den Hauptzügen darzustellen, als ein buntscheckiges und überdies bei der Unklarheit vieler Rechtsquellen immerhin in vielen Punkten problematisches Bild der Gesamtentwicklung zu geben, welches überdies den Rahmen dieser Arbeit ohne Nutzen erheblich überschreiten würde. Für die Rechtsentwicklung der übrigen Deutschen Rechtsterritorrien darf jene von Württemberg immerhin wenigstens im wesentlichen als Typus betrachtet werden.

[143]) S. Wächter, Württ. Priv.R. Bd. I S. 302 ff.

Württ. Recht charakteristischen Rechtssätze angefügt wurden, daß hinsichtlich dieser außergerichtlichen Verträge jeder Partei in kraft des Gesetzes ein 14tägiges Reuerecht zustehe, und dieselbe verpflichtet sei, bei Meidung von Geldstrafen den außergerichtlichen Vertrag innerhalb der erwähnten Zeit vor Gericht zu bringen, woselbst überdies diesem Vertrage, wenn ihm wesentliche Mängel ankleben, das sog. Erkenntnis verweigert werden kann mit der Wirkung, daß das veräußerte Gut auf den Namen des neuen Erwerbers in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen wird.[144])

Das Strafgesetzbuch, eine unerhörte Ausdehnung des sog. Legalitätsprinzips (richterliche Prüfung des Rechtsgeschäfts nach allen Seiten hin)[145]) und ein demoralisierendes Reuerecht sollte also die Zwecke (Sicherheit des Eigentums) erfüllen, welche das Deutsche Recht in so einfacher Weise durch sein Publizitätsprinzip erreicht hatte.

Allein wie war das möglich, nachdem man selbst der auf Grund so umfassender Prüfungen erfolgten Eintragung des Veräußerungsgeschäfts in die öffentlichen Bücher immer nur einen rechtspolizeilichen Charakter beilegte und den Eigentumsübergang selbst, unter gründlicher Verkennung und bezieh. Ignorierung des Deutschen Rechts, — an die außergerichtliche Tradition knüpfte![146])

---

[144]) Wächter loc. cit. S. 487 ff.

[145]) Übrigens wurde merkwürdiger Weise gerade dieses Legalitätsprinzip im III. Landrecht etwas gemildert, nachdem es unter der Herrschaft des II. Landrechts alles Maß überschritten hatte, indem z. B. in der Praxis zuweilen bei Kaufsgeschäften vom Gericht der Preis heruntergesetzt wurde, weil er dem wahren Werte des Kaufsobjekts nicht entspreche, und dies auch in dem sog. Erkenntnis zum Ausdruck gelangte.

Wächter loc. cit. S. 305.

[146]) Wächter (S. 303 loc. cit.) ist der Ansicht, daß auch schon nach den beiden ersten Landrechten erst die Tradition, nicht die öffentliche Fertigung des Veräußerungsgeschäfts Eigentum übertragen habe, allein im Geiste dieser Gesetzgebungen dürfte diese Meinung nicht gelegen und vielmehr nur auf eine irrige Auslegung seitens der romanisierenden Doktrin zurückzuführen sein.

2) Auch bezüglich der Verpfändung von Liegenschaften stand das I. und II. Württ. Landrecht wenigstens in der Hauptsache noch auf dem Boden des Deutschen Rechts, indem diese Landrechte bestimmten, daß vertragsmäßige Pfandrechte an Liegenschaften (sowie der Rentenkauf) nur durch Einschreiben in die Gerichtsbücher (d. i. durch gerichtliche Beurkundung der Schuldbekenntnisse mit Hyp.Bestellungen, welche Akte chronologisch gesammelt wurden, indem die Unterpfandsbücher erst im Jahre 1620 eingeführt wurden)[147]) bestellt werden können und sohin alle Privatkonventionalhypotheken nichtig seien.

Die einschlägigen Stellen des I. Landr. Tl. II S. 189 und des II. Landr. Tl. II S. 230 lauten:

„Welcher ein ligendt Gut vmb Schulden einsetzt vnd verunderpfandet, der soll dasselb zum wenigsten in das Gerichtsbuch einschreiben lassen. Will er aber ein Zins auff ein Gut schlahen (Gült- oder Rentenkauf), so soll er es offentlich vor einem Gericht fertigen, vnd des, vermög Vnser Landesordnung, zuvor Erlaubniß vnd Vergöndung (gewöhnlich von der Kanzlei) außbringen. Sonst wann anderst gehandelt würdt, soll die Verpfandung oder Zinsverschreibung (Rentenkauf) kein krafft haben."[148])

Hiebei wurde zugleich durch eine mit diesem Landrecht verbundene Konkursordnung (I. Landr. Tl. 1 S. 131 ff. und II. Landr. Tl. II S. 170 ff.), mit welcher Württemberg den übrigen Deutschen Partikularrechten voranging, verfügt, daß von den gesetzlichen Pfandrechten, die man allerdings schon aus dem R. R. herübergenommen und zum Teil erweitert hatte, nur zwei Arten derselben (jenes des Fiskus und der Kommunen) als privilegiert den gerichtlich errichteten (Konventional-)Hypotheken vorgehen, alle übrigen schon durch Gesetz entstehenden Pfandrechte aber den öffentlichen Hypotheken nachgehen sollen.[149])

Diese für ihre Zeit gute Pfandgesetzgebung, in welcher der bekannte für die praktische Rechtsentwicklung vorzüglich ausgestattete

---

[147]) Wächter loc. cit. S. 582 und 564.

[148]) Wächter loc. cit. S. 564 und ff.

[149]) Wächter loc. cit. S. 567 und ff.

Württ. Volksgeist noch zur Geltung gelangt war und sich in der glücklichsten Weise geoffenbart hatte, wurde jedoch durch das dritte Landrecht mit seiner romanisierenden Richtung gründlich verdorben, indem dasselbe Tl. II Tit. 7 § 3 bestimmte

„Wann ein ligend Gut vnderpfandsweise verschrieben oder verhafft würdt, soll dasselbig in das Gerichtsbuch eingeschrieben, oder sonsten vermög gemeiner geschriebnen Rechten beweißlich fürgenommen werden,“

und durch diesen letzten Beisatz geradezu das Röm. Hypothekensystem auch für Liegenschaften einführte, so daß nun auch jede Privatkonventionalhypothek rechtliche Giltigkeit hatte und über die Priorität der verschiedenen durch Vertrag, Testament, Gesetz rc. entstandenen Hypotheken lediglich das Alter ihrer Entstehung entschied.[150]) Und wenn nun auch die Praxis und später ein Gesetz vom 19. März 1736 den öffentlichen Hypotheken den Vorzug vor den übrigen Hypotheken in der Art einräumten, daß im Konkurse zuerst die öffentlichen Hypotheken, sodann die gesetzlichen Hypotheken, soweit sie nicht privilegiert waren, und hierauf erst die Privatkonventionalhypotheken zu lokieren waren,[151]) so war doch durch diese im Ganzen auf dem Röm. R. ruhende Gesetzgebung die Entwicklung eines Realkredits hauptsächlich dadurch unmöglich gemacht, daß man einer immer größeren Anzahl von gesetzlichen, größtenteils im Leben sehr gewichtigen Hypotheken Pfandprivilegien im Sinne des R. R. einräumte und ihnen neben sog. absolut privilegierten Forderungen (ohne Pfandrecht), die gleichfalls fortgesetzt erweitert wurden, den Vorrang vor den öffentlichen Konventionalhypotheken zuteilte.[152])

---

[150]) Wächter loc. cit. S. 575 und ff.

[151]) Wächter loc. cit. S. 577 und ff.

[152]) S. Wächter loc. cit. Bd. I S. 610 Note 121 und 122.

[153]) Dieser Rechtszustand bezüglich des Pfandrechts erhielt sich in Württ., wie ich der Kürze wegen gleich hier anfüge, in der Hauptsache bis zum Pfandgesetz vom 15. April 1825, in welchem nach Maßgabe der Preuß. und bez. Bayer. Pfandgesetzgebung die Prinzipien der Publizität, Spezialität und Priorität (nach der Zeit der Inskription) adoptiert wurden, während

Ganz ähnlich wie in Württemberg war in der Eingangs bezeichneten Übergangsperiode der Gang der Rechtsentwickelung in fast allen übrigen deutschen Rechtsterritorien, nur daß man in der Mehrzahl derselben noch schneller und vollständiger im Gebiete des Immobiliarsachenrechts die Grundsätze des R. R. annahm.

Als aber die Klagen über die Kreditlosigkeit des Grundbesitzes und insbesondere über die Schwerfälligkeit der Justiz im Falle eines Konkurses immer lauter wurden, indem in den letzteren auch alle Hypothekschulden des Gantierers vermöge des angenommenen Attraktionssystems hineingedrängt wurden, und mit Rücksicht auf das äußerst komplizierte System von verschiedenen Vorzugsrechten eine Entwirrung der kollidierenden Interessen nahezu unmöglich geworden war, — da begannen endlich im 17. Jahrhundert die einzelstaatlichen Gesetzgebungen mehr und mehr, wenn auch anfänglich nur in schüchternen Versuchen zu den Prinzipien des deutschen Immobiliarsachenrechts zurückzukehren. Den ersten äußern Anstoß hiezu scheint Sachsen, dessen Juristen im 17. und 18 Jahrhundert in Deutschland im höchsten Ansehen stunden, durch folgenden historisch merkwürdig gewordenen Vorgang gegeben zu haben. [154])

In Sachsen war nämlich zwischen den Juristen Georg Frantzkius und Carpzov eine Streitfrage darüber erwachsen, ob für die Eigentumsübertragung von Liegenschaften außergerichtliche Tradition genüge, wie Frantzkius behauptete, oder ob vielmehr hiezu gerichtliche Auflassung erforderlich sei, wie Carpzov im Hinblick auf das Deutsche und Sächsische Recht annahm, wobei nur

---

man in Württ. bezüglich der Übereignung von Liegenschaften bisher noch nicht zum Grundbuchsystem überging, so daß über diese Materie immer noch die Bestimmungen des Landrechts vom Jahre 1610 gelten, soweit sie nicht durch das materielle Publizitätsprinzip (publica fides) hinsichtlich der Hypotheken und durch die Ausdehnung dieses Prinzips in dem bereits oben erwähnten merkwürdigen Pfandentwickelungsgesetz vom 21. Mai 1828 modifiziert erscheinen.

[154]) S. Dernburg und Hinrich's Preuß. Hyp.R. Abthl. I S. 5 und Dernb. Preuß. Priv.R. Bd. I S. 451.

hervorgehoben werden muß, daß man in Sachsen den Grundstückverkehr an lehenrechtliche Formen anknüpfte.

Diese Streitfrage wurde zu Gunsten des deutschen Rechts durch die in Folge dessen berühmt gewordene decisio 61 der sächsischen Konstitutionen vom J. 1661 entschieden, welche lautet:

„Ob das dominium eines verkaufften unbeweglichen Guths nicht eher auf den Käuffer transferirt werde, es sei das Guht gerichtlich aufgelassen und dem Käuffer zugeschrieben? Bey dieser Frage befinden wir abermahle, daß die Rechtslehrer ungleiche Gedanken führen, indem etliche dahin incliniren, daß vermöge gemeiner Rechte extra judicialis traditio das Eigentum eines verkaufften unbeweglichen Stück Guhts auf den Besitzer zu bringen allerdings genugsam sey, Andere aber erfordern des Verkäuffers Gerichtliche Auflaßung und daß darauf solch Guth Käufern vom Lehnherrn zugeschrieben und er damit hinwiederum belehnt werde, denn ehe er die Güther in Lehen und Würden hat, er vor keinen Eigenthumsherrn zu achten. Nachdem nun Unsere Verordnete die letztere Meinung nicht allein auf besseren Grund sondern auch in der üblichen Observanz befinden, so ist Unser Will und Meynung, daß hinfüro eine Extrajudicial Uebergabe und Einräumung eines unbeweglichen Stück Guthes nicht vor genugsam zu halten.“

Diese deutsch-rechtlichen Anschauungen fanden entschiedenen Wiederhall in Preußen, welches vom Ende des 17. Jahrhunderts ab unabläſsig — wenn auch mit Unterbrechungen — im Interesse der Hebung des Realkredits an der Reform des Immobiliarsachenrechts im Sinne des nationalen Rechts in seiner Gesetzgebung mit unermüdlicher Ausdauer gearbeitet und unbestreitbar das glänzende Verdienst hat, das deutsche Grundbuchs- und Hypothekenrecht zu seiner dermaligen hohen Vollkommenheit ausgestaltet zu haben, wenn gleich dessen neueste desfallsige gesetzgeberische Schöpfung, nemlich die Legislation vom 5. Mai 1872, welche übrigens an Bedeutung und Einfluß in Nichts hinter der berühmt gewordenen Preußischen Hypothekenordnung v. 20. Dez. 1783 zurücksteht, nicht unerheblichen Modifikationen im Sinne des materiellen Rechts im Gegensatz zu dem hierin allzusehr herr-

schenden Formalrechte wird unterworfen werden müssen, wenn sie sich in ihrer Ausdehnung auf ganz Deutschland als eine dem deutschen Volksgeiste entsprechende überall willkommene Gabe erweisen soll.

Ich ermangle daher nicht, in dem nächsten Paragraphen die Preußische Reformgesetzgebung im Gebiet des Grundbuchs- und Hypothekenrechts etwas umfassender zu behandeln, und dies um so mehr, als ohne Kenntnis dieser Gesetzgebung die wesentlich hierauf ruhenden bezüglichen Vorschläge der Fachkommission und — man darf wohl sagen — überhaupt das nun überwiegend in Deutschland geltende moderne Grundbuchs- und Hypothekenrecht kaum ganz gründlich erfaßt werden kann.

§ 11.

Rückkehr zu den Grundsätzen des Deutschen Immobiliarsachenrechts in Preußen.[155])

In Preußen begann die Reformgesetzgebung über das Grundbuchsrecht

I. mit dem Edikte Friedrichs I. vom 28. September 1693, einem zunächst nur für die Residenzstädte Berlin und Köln bestimmten Gesetze, welches die Errichtung von städtischen Erb- und Lagerbüchern anordnete und bestimmte, daß in diese von den Magistraten zu führende Bücher alle im Weichbilde der Residenzstädte liegenden Gründe mit Angabe der Besitzer und der Hypothekengläubiger verzeichnet werden sollen. Hiebei verfügte dieses Edikt weiter, daß fernerhin einerseits alle Besitztitel (also insbesondere alle Verträge über Immobilien) für null und nichtig zu erachten seien, wenn solche nicht eingeschrieben (d. h. gerichtlich verlautbart und ingrossiert) werden würden und daß andererseits alle Hypotheken — vertragsmäßige und gesetzliche — erst durch den Eintrag den Charakter der Dinglichkeit und das Vorzugsrecht (jus reale et praelationis) erlangen.

---

[155]) Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp.Recht. Abteil. I S. 6 u. ff. Dernburg Lehrbuch des Preuß. Privatr. III. Auflage 1881. Bd. I § 191.

Allein dieses merkwürdige Edikt, welches zum Vorbild für die spätere Gesetzgebung diente,[156]) kam selbst in Berlin erst nach und nach zur praktischen Ausführung und ein durch das Edikt vom 20. September 1704 erfolgter Versuch, dasselbe auf die ganze Monarchie auszudehnen, scheiterte an der Unzufriedenheit, welche dadurch herbeigeführt wurde, daß von allen Einschreibungen eines Verkaufs oder einer Hypothek eine prozentable Gebühr von zwei Prozent an die Generalkriegskasse entrichtet werden sollte, sodaß dieses letzte Edikt vom Jahr 1704 sofort schon durch Patent vom 22. November 1704 aus Besorgnis „Auswärtige von dem commercio mit den Unterthanen abzuschrecken und den Kredit zu schwächen" wieder suspendiert wurde.

An das erstere Edikt vom Jahr 1793 schloß sich ein nicht bloß für die Residenzstädte bestimmtes, sondern allgemeines Edikt — das edictum declaratorium — vom 20. Februar 1695 an, wodurch den bis dahin so wichtigen vor Notar und Zeugen errichteten Hypotheken — pignora quasi publica — jedes Vorzugsrecht abgesprochen wurde, so daß auch diese Hypotheken intabuliert werden mußten, wenn sie sich des „beneficium praelationis" erfreuen sollten.[157])

II. In etwas abgeschwächter Form kamen dieselben Gedanken auch in dem Landrecht für das Königreich Preußen (im engern Sinn) vom Jahre 1721 zum Ausdruck, indem das-

[156]) Es ist bemerkenswert, daß dieses Edikt, den allgemeinen Ansichten seiner Zeit weit vorauseilend, schon an einen Gedanken streifte, der erst ein Jahrhundert später, nämlich erst im Preußischen Allgemeinen Landrecht zur vollen Geltung gelangte, das ist an den Gedanken, daß eine Hypothek (an Immobilien) stets erst durch Eintragung im Hypothekenbuch entstehe.

[157]) Es ist klar, daß ein auf dem Grundsatze der deutschrechtlichen Publizität beruhendes Hypothekensystem der notariellen Hypothekenbestellung, als der Zugänglichkeit zu allgemeiner Kenntnisnahme ermangelnd, nur die Bedeutung eines Hypotheken-Rechtstitels geben kann, wie dies z. B. im rechtsrheinischen Bayern zur Zeit der Fall ist, und daß daher zunächst die Aufhebung des Vorzugsrechts der notariellen Hypotheken als öffentlicher Hypotheken Vorbedingung jeder weiteren Reform des Hypothekenrechtes im Sinne des Publizitätsprinzips war.

selbe bestimmte, daß alle Käufe von Immobilien vor dem Gericht der belegenen Sache im Beisein beider Kontrahenten zu insinuieren (d. h. zu protokollieren) und einzuschreiben und die Kontrakte, solange dies nicht geschehen, nichtig seien, sofern nicht bereits Übergabe und Zahlung des Kaufpreises erfolgt sein sollte. Weiter erklärte dieses Landrecht, daß reine Privat-Verpfändungen der Immobilien nichtig und daß die sog. „pignora quasi publica“ zwar an sich für Hypotheken zu erachten seien, den gerichtlich errichteten Hypotheken aber nachstehen sollen.

III. Die eigentliche Grundlage für das preußische Grundbuchswesen ist indes zu erblicken erst in der

Hypothek- und Konkursordnung Friedrich Wilhelm's I. vom 4. Februar 1722,[158]) durch welche jeder Gerichts-Obrigkeit, welche bisher dem Hypothekenwesen vorstund, bei Verlust dieses Rechtes aufgegeben wurde, ein vollständiges Grund- und Hypothekenbuch, soweit es noch nicht in dieser Art vorhanden, unverzüglich nach einem beigegebenen Formular einzuführen und beziehungsweise einzurichten und in dasselbe alle unbeweglichen Güter mit Beschreibung der Straße oder Gegend, wo sie gelegen, dem Namen des Besitzers, dem titulus possessionis, dem Erwerbspreis, der etwaigen Schätzung in der Brandsozietät und den darauf haftenden Schulden einzuschreiben. Hiebei erklärte dieses Gesetz, daß der Besitztitel bei Veräußerungen bis zur Eintragung ungiltig und nichtig sei und daß alle nicht ingrossierten Hypotheken zwar nicht schlechthin ungiltig sein,[159]) aber den im Grundbuch des Jurisdiktionsbezirkes eingetragenen Hypotheken nachgehen sollen. Hienach vollendete sich der Erwerb des Eigentums an Liegenschaften allerdings in den Veräußerungsfällen erst durch die Eintragung, sodaß der Rechtsvorfahr (auctor) bis zu diesem Eintrag noch zum Nachteile des Nachfolgers (suc-

---

[158]) Dieses Gesetz war für die ganze Monarchie mit Ausnahme des Königreichs Preußen (im engern Sinn) erlassen.

[159]) Die bisherigen gemeinrechtlichen Hypotheken waren also hiernach noch nicht bloße Hypothekrechtstitel.

cessor) dinglich verfügen konnte. Fremd war dagegen diesem Gesetz noch die Idee des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (materielles Publizitätsprinzip), wonach auch derjenige gesichert ist, welcher gutgläubig von dem Eingetragenen (Eigentum oder Hypothek) erwirbt, wenn auch der Letztere (auctor) seinerseits ohne Rechtsgrund die Eintragung erlangt haben sollte.[160])

IV. Das Gleiche gilt auch noch von der berühmten vielfach nachgeahmten bis zum Jahre 1872 giltig gewesenen

allgemeinen Hypothekenordnung Friedrich's des Großen vom 20. Dezember 1783, einer ganz vorzüglichen Schöpfung des Herrn v. Suarez, welche zwar bezüglich des materiellen Grundbuchrechtes im wesentlichen nichts änderte,[161]) dagegen die bisherigen Bestimmungen über das Grundbuchswesen in klarer Weise zusammenfaßte und hauptsächlich erst jetzt durch geeignete Formvorschriften und ein vorzügliches Hypothekenbuchsformular — ein Moment, welches, wie jeder Praktiker zugeben wird, für das Grundbuchswesen von außerordentlicher Bedeutung ist — einen wirklichen und gleichmäßigen Vollzug der neuen Prinzipien

---

[160]) Durch die weitere Hyp.Ord. vom 4. August 1750 wurde die Preuß. Hyp.Verfassung auch auf die neu erworbene Provinz Schlesien ausgedehnt, mit Zusätzen, die auch in den andern Provinzen gelten sollten, jedoch keine prinzipiellen Änderungen enthielten. Bemerkenswert ist, daß das zu derselben Zeit publizierte materielle Zivilrecht — das corpus juris Fridericianum — auch hinsichtlich des Immobiliarsachenrechts fast ganz auf dem Boden des Röm. R. stund, indem dessen Verfasser der Romanist Cocceji in den Bestimmungen über das Grundbuchswesen nur rechtspolizeiliche Vorschriften erblicken wollte. S. Dernburg und Hinrichs loc. cit. S. 15.

[161]) Die bisher allgemein verbreitete Ansicht, daß die Hyp.Ord. von 1783 einerseits erst das Prinzip der Spezialität und formellen Publizität und andererseits schon das Prinzip des öffentlichen Glaubens aufgestellt habe, ist offenbar irrig und insbesondere in letzter Richtung widerlegt durch Vergleich der Bestimmungen II § 93 und 55 der Hyp.Ord. mit den betreffenden Gesetzesmaterialien.

Dernburg und Hinrichs loc. c. Seite 18 und ff. Dernburg Pr.Pr.R. loc. c. § 191 Note 10. Auch die gesetzlichen Hypotheken (ohne Eintrag), soweit sie noch bestunden, wurden durch diese Hyp.Ord. (II § 187) noch nicht beseitigt.

in der Praxis herbeigeführt hat, wobei freilich das im Geiste der staatsrechtlichen Anschauungen Friedrich's des Großen gestaltete sog. Legalitätsprinzip (richterliches Prüfungsrecht der materiellen Rechtsakte) sehr viel leisten mußte.

V. Eine wesentliche Fortbildung des materiellen Grundbuchrechts brachte erst das Allgemeine Preußische Landrecht (publiziert am 1. Juni 1794), welches hauptsächlich den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, wenigstens im Gebiet des Hypothekenrechts, durchgreifend und mit unbedingter Schärfe zur Geltung brachte. Dasselbe stellte zunächst mit aller Entschiedenheit den Satz auf:

Nur durch die wirkliche Eintragung in das Hypothekenbuch wird eine Hypothek erworben[162]) und bilden alle gemeinrechtlichen Entstehungsgründe der Hypotheken (an Immobilien) nur mehr erst Titel, das ist obligatorische Ansprüche auf Erwerb der Hypotheken. Sodann aber bestimmt dasselbe: die Eintragung der Hypothek erfolgt nur gegen den eingetragenen Besitzer und behält ihre Kraft auch dann, wenn sich in der Folge zeigt, daß der Letztere nicht wahrer Eigentümer war, die bona fides des Gläubigers vorausgesetzt; der weitere Erwerb bereits eingetragener Hypotheken findet nach Maßgabe des Hypothekenbuchs statt und können Einreden, die dem gutgläubigen Zessionar, welcher unter einem lästigen Titel erworben hat, (ein neuer Gesichtspunkt des Grundbuchrechts), nicht durch den Inhalt und Vortrag des Hypothekenbuchs selbst erkennbar gemacht waren, vom Besitzer nicht entgegengestellt werden.[163])

Diese Prinzipien über das Grundbuchswesen, wie sie in der Preußischen Hypotheken-Ordnung von 1783 und in dem Preußischen Landrecht ausgeprägt waren, bildeten für lange Zeit die Grundlage eines gesunden Realkredits und wurden auch als mustergiltig von anderen Deutschen Gesetzgebungen, insbesondere

---

[162]) Allg. L.R. I 20 § 411.

[163]) Allg. L.R. I 20 §§ 404, 410 und 423—426.

von jenen in Bayern, Württemberg und Sachsen wenigstens in der Hauptsache adoptiert.

Allein es offenbarten sich doch auch bald — besonders seit der Aufhebung des Satzes, daß zur (vollen) Giltigkeit der Immobiliarverträge gerichtliche oder notarielle Fertigung (siehe unten Ziff. 1) erforderlich sei — erhebliche Mängel des Preußischen Grundbuchwesens und überdies trat hinsichtlich des Hypotheken-Rechts immer mehr und mehr eine bedeutsame Strömung hervor, welche von der Gesetzgebung im Anschlusse an den großartigen Aufschwung des Mobiliarkredits, wie ihn noch kein Zeitalter erlebt hat, eine möglichste Mobilisierung des Realkredits forderte:

1) Hinsichtlich der Übertragung des Eigentums an Liegenschaften bildete nämlich eine große Schattenseite des Allgemeinen Preußischen Landrechts wie auch der Hypothekordnung von 1783 die Erscheinung, daß man die Gegensätzlichkeit der Römischen Traditions- und der Deutschen Auflassungs- (Ingrossierungs-) Theorie nicht klar erkannte und einen Mittelweg einschlug, wonach das durch die Tradition geschaffene natürliche Eigentum durch die Eintragung zum bürgerlichen Eigentum gesteigert werden sollte, allein der nicht eingetragene natürliche Eigentümer doch immer als der wahre Eigentümer gedacht und bezeichnet wurde.[164])

---

[164]) Es ist aus den Materialien zu der Hyp.Ord. vom 1783 ersichtlich, wie sich von Suarez, der dem Grundbuchswesen günstig gestimmt war, bemühte, das Verhältnis zwischen dem sog. Bucheigentümer und dem außerbücherlichen Eigentümer in gerechter Weise zu gestalten, jedoch zu keinem klaren Resultate gelangt, da er sich von der Röm. Traditionstheorie nicht loszumachen vermochte.

Siehe Dernb. und Hinr. loc. c. S. 18 Note 5. Übrigens wird sich unten zeigen, daß auch das eigentliche Grundbuchsystem die Konfliktsfälle zwischen formalem und materiellem Eigentum zwar in hohem Grade zu vermindern, allein niemals ganz und gar zu beseitigen die Kraft hat, wenn man nicht etwa bestimmen will, daß auch die ungerechtfertigste Eintragung eines Nichteigentümers Eigentum verleiht, also den wahren Eigentümer expropriiert

S. Dernburg und Hinr. loc. c. S. 67 und Dernburg Lehrbuch der Pr. Pr.R. § 199 in fine.

Der Kampf zwischen Romanismus und germanischer Rechtsanschauung war nicht ausgetragen und in der Praxis des preußischen Obertribunals siegte in der Hauptsache die römische Traditionstheorie.

Der Rechtszustand bezüglich der Übereignung von Liegenschaften gestaltete sich besonders auf Grund des übrigens vielfach angefochtenen Plenarbeschlusses des Obertribunals zu Berlin vom 6. März 1854 allgemein wie folgt:[165])

> Nicht durch die Eintragung, sondern durch die Übergabe wird das Eigentum an Grundstücken erworben; nur der im Naturalbesitz befindliche Eigentümer kann das Grundstück weiter veräußern, weil nur er es dem Erwerber übergeben kann; der eingetragene Eigentümer dagegen, welchem das Grundstück nicht übergeben worden war, kann mit dem gutgläubigen Dritten alle andern Rechtshandlungen unanfechtbar vornehmen, welche das Grundstück belasten, soweit dazu nicht der Besitz nötig ist."

Man hatte also einen wahren Eigentümer, der veräußern, aber nicht verpfänden, und einen fingierten Eigentümer, der verpfänden aber nicht veräußern konnte. Selbst der Adjudikatar erwarb in der (notwendigen) Subhastation nicht Eigentum, wenn der Subhastat nur der eingetragene Besitzer und neben ihm ein im Besitz befindlicher wahrer Eigentümer vorhanden gewesen war, welcher bei der Subhastation nicht zugezogen und beziehungsweise nicht rechtskräftig mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen worden war:[166]) ferner war hienach der eingetragene Eigentümer als solcher noch nicht zur Vindikation legitimiert, sondern hatte zur Fundierung seiner Klage nachzuweisen, daß er durch Übergabe vom wahren Eigentümer das Grundstück erworben habe.[167])

Diese bekannte sogenannte Duplizität des Eigentums, welche

---

[165]) S. Höinghaus „Die neuen Preuß. Grundb. und Hyp.Ges." S. 18 (amtliche Motive).

[166]) Striethorst Bd. 32 S. 72, Bd. 42 S. 249.

[167]) Striethorst Bd. 5 S. 259, Bd. 12 S. 257.

übrigens in dieser Schärfe in dem preußischen Landrechte keinen Rückhalt finden dürfte,[168]) trat faktisch in solange nicht in erheblichem Grade hervor, als nach Maßgabe der älteren Gesetzgebung[169]) und selbst auch noch nach der Hypotheken-Ordnung von 1783 und dem Landrechte selbst der Grundsatz galt, daß alle Verträge, welche Übertragung des Eigentums an Immobilien zum Zwecke haben, gerichtlicher oder natarieller Fertigung unterworfen seien, wobei allerdings schon die Hypothekenordnung und das Landrecht die bedenkliche Modifikation beifügten, daß schriftliche Privatverträge über Immobilien wenigstens die Wirkung von Punktationen haben sollen, sodaß auf Grund dieser schriftlichen Privatverträge Klage auf Errichtung von gerichtlichen Instrumenten gestellt werden konnte.[170])

Allein als auch dieser Rest der altdeutschen Auflassung, welche auch das obligatorische Moment der Eigentumsübertragung nach der obigen Erörterung (§. 7) in sich enthalten hatte, durch Gesetz vom 23. April 1821 aufgehoben und bestimmt wurde, daß schon die Vorlage schriftlicher Privatverträge zur Eintragung in das Grundbuch genügend sei, falls nur die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt seien, so daß nun überhaupt in Preußen Verträge, welche Eigentum oder dingliche Rechte an Liegenschaften zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit (in ihrer obligatorischen Wirkung) nur mehr der schriftlichen Abfassung bedürfen[171]) und lediglich zum Zwecke von Grundbuchseinträgen gerichtlich oder notariell beglaubigt sein müssen, —

---

[168]) Conf. A. Pr. L.-R. I 10 §§. 18—20.

[169]) Corpus jur. Frid. III 7 §. 44: „Wenn jedoch ein Kontrakt a) ein unbewegliches Gut betrifft, ... so muß der Kontrakt und das Instrument hierüber allemal vor Gerichten oder einem notario errichtet werden."

[170]) A. L.-R. I 10 §§. 15—17 und Hyp.-Ord. II §§. 61 und 62.

[171]) Schriftlichkeit des Vertrags wird übrigens auch dann erfordert, wenn der Wert der Liegenschaft unter 150 ℳ beträgt, und wird auf Grund bloß mündlicher Vereinbarung wenigstens nach der Praxis keineswegs etwa eine Klage auf Errichtung eines schriftlichen Instruments gestattet. S. Dernburg, Lehrb. d. Pr. Pr. I § 96 Note 13.

da häuften sich auch im praktischen Rechtsleben die Fälle immer mehr, in welchen derjenige, welcher als Eigentümer im Hypothekenbuch eingetragen erschien, in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr wahrer Eigentümer war. Zwar wurde noch eine Zeit lang die Übereinstimmung des Hypothekenbuchs mit dem wirklichen Rechtszustande durch das an sich höchst bedenkliche Institut der sogenannten Zwangstitelberichtigung wenigstens in der Hauptsache aufrecht erhalten, indem schon die Hypothekenordnung von 1783 Anzeige einer jeden Eigentumsänderung binnen Jahresfrist angeordnet hatte, widrigenfalls der Erwerber von Amtswegen durch Strafandrohung, äußersten Falls aber durch einen fiskalischen Anwalt zur Angabe und Berichtigung seines Besitztitels angehalten werden sollte.[172])

Als aber auch diese rechtspolizeiliche Vorschrift mit Rücksicht auf die Klagen, welche über solche staatliche Bevormundung und die mit der Besitztitelberichtigung verknüpften Staatsgebühren geführt wurden, nach mehrfachen Schwankungen durch Kabinetsordre vom 31. Oktober 1831 „suspendiert" (d. i. für immer aufgehoben) wurde und also die treibende Kraft für Ordnung des Grundbuchwesens[173]) nur mehr das Interesse der Beteiligten in sofern war, als sie ohne Berichtigung des Besitztitels keine Hypothek bestellen konnten und der Gefahr fremder Belastung ihres Grundbesitzes ausgesetzt waren, zeigte sich auf das Klarste, daß auf dem bisherigen Wege der eigentliche Zweck des Grundbuchs, welches im Interesse der Sicherheit des Immobiliarverkehrs und des Realkredits ein getreues Bild der jeweiligen Rechtsverhältnisse der Liegenschaften schlechterdings geben muß, nicht oder wenigstens durchaus nicht genügend erreichbar sei.

Dieser mißliche Rechtszustand mußte von selbst zu dem Gedanken führen, daß Eigentum an Immobilien wenigstens in den

---

172) Hyp.=Ord. II §§. 49 ff. A. L.=R. I 10 §. 12.

173) Ausnahmsweise fand eine zwangsweise Einwirkung auf Bes.=Tit.=Ber. indeß noch statt, wenn sie von einer zuständigen Behörde, z. B. dem Subhastationsrichter oder von einem dritten Realinteressenten nachgesucht wurde. Dernburg, Lehrb. d. P. P.R. §. 199.

Fällen der freiwilligen Veräußerung an der Stelle der Tradition erst durch Eintragung im Grundbuch entstehen könne und daß also diese Eintragung (wie bei der Hypothek) in den bezeichneten Fällen ein Entstehungselement des Eigentums zu bilden habe, die Tradition dagegen für den Eigentumserwerb irrelevant sei.

2) Für die Entwicklung des Hypothekenrechts aber hatte eine ungeahnte Bedeutung ein merkwürdiges Spezialgesetz; es war dies das kgl. Reskript vom 11. April 1802, welches dem Allgemeinen Landrecht als Anhang § 52 nach I 16 § 484 eingeschaltet wurde, nebst der Deklaration hiezu vom 3. April 1824.[174])

In einer Vormundschaftssache hatte sich nämlich ein Streit darüber erhoben, ob die im Hypothekenbuch eingetragenen Schuldforderungen erlöschen, wenn sie durch Erbgang oder durch einen andern Rechtsgrund auf den Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft übergehen, oder ob sie trotzdem fortbestehen und vom Eigentümer zediert werden können. Das erwähnte Reskript entscheidet nun auf Grund eines Gutachtens der Gesetzeskommission, welche zur Durchführung des Allgemeinen Landrechts niedergesetzt war, daß das Hypothekrecht überhaupt durch die bloße Vereinigung des Gläubiger- und Eigentumsrechts (confusio, consolidatio) noch nicht, sondern nur erst durch einen vom Willen des Eigenthümers abhängigen Löschungsantrag aufgehoben werden könne, so daß der Eigentümer befugt sei, ein solches noch ungelöschtes Hypothekenrecht einem andern zu übertragen; und die erwähnte Deklaration vom 3. April 1824 erweiterte diese Bestimmung infolge aufgetauchter Zweifel dahin, daß der Eigentümer der Liegenschaft die Rechte eines Zessionars auch dann genießen solle d. i. die Hypothek, solange sie nicht gelöscht ist, weiter begeben könne, wenn die zu Grunde liegende Forderung durch Zahlung oder sonstwie getilgt sei, gleichviel ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder nur eine Quittung erteilt worden sei,

---

[174]) Dernburg, Lehrb. des P. P.R. I § 337.

indem ihm für den letzten Fall die Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre.

Dies ist wenigstens für Preußen die historische Genesis der in der neueren Literatur so vielfach erörterten sog. „Eigentümerhypothek“, mit welcher in Preußen demselben praktischen Bedürfnisse, wie schon im Römischen Recht, wenn auch in unvollkommener Weise, durch die hypothekarische Succession, in anderen neuern Gesetzgebungen aber hauptsächlich durch die sog. Hypothek-Erneuerung[175]) Rechnung getragen wurde, nämlich dem Bedürfnis, den Grundeigentümer in die Lage zu setzen, zur Abfindung vorstehender Hypothekgläubiger oder zur sonstigen Befriedigung eines späteren Realkredits dem neuen Gläubiger noch eine gute Priorität bieten zu können.

Durch diese Eigentümerhypothek war der bis dahin allgemein anerkannte Grundsatz, daß die Hypothek nur accessorischen Charakter habe, durchbrochen und hiemit der Gedanke nahegelegt, daß sich auch schon a priori eine von dem obligatorischen Verhältnis vollständig losgelöste, selbständige Hypothek konstruieren lassen müsse, welche dem Realkredit deshalb sehr förderlich sein würde, weil der Gläubiger aller aus dem ursprünglichen obligatorischen Verhältnis abgeleiteten Einreden von selbst enthoben wäre. Und in der That fanden sich für solche selbständige Hypotheken bereits legislatorische Vorbilder hauptsächlich in der Mecklenburgischen Gesetzgebung, welche um so beachtenswerter erscheinen mußten, als sich in denselben nur eine moderne Reproduktion eines köstlichen Schatzes des altdeutschen Rechts, nämlich des Rentenkaufs zu offenbaren schien.

§ 12.

Die Preußische Gesetzgebung vom 5. Mai 1872 über das Grundbuchsrecht insbesondere und deren Grundzüge.

Die im vorigen Paragraph, sowie in der Einleitung § 2 (am Schlusse) angeführten Mißstände und Zeitforderungen führten

[175]) z. B. im Bayer. Hyp.Ges. vom 1. Juni 1822 § 84. S. Regelsberger Bayer. Hyp.R. Abtl. I § 60.

in Preußen zu der bedeutsamen Grundbuchsgesetzgebung vom 5. Mai 1872, welche mit dem 1. Oktober 1872 zunächst in den Gebieten des Preuß. Allg. Landrechts und der Hypotheken-Ordnung vom Jahre 1783 in Kraft trat, sodann aber im Jahre 1873 auch in den übrigen Gebieten der Preuß. Monarchie[176]) — mit Ausnahme der Rheinprovinz — mit einzelnen Modifikationen eingeführt und hierauf auch von einigen anderen Deutschen Bundesstaaten[177]) in den Grundzügen nachgeahmt worden ist.

Diese ohne Zweifel wichtigste moderne Deutsche Legislation über das Grundbuchsrecht, mit welcher man in Preußen zum Grundbuchsystem überging und, was die Verpfändung von Liegenschaften betrifft, dem Rechtsverkehr neben der bisherigen beibehaltenen accessorischen Hypothek zugleich eine weitere von dem materiellen Schuldverhältnisse losgelöste, also abstrakte Hypothek unter dem Namen „Grundschuld" in fakultativer Weise zur Verfügung stellte, hat, wie schon öfters angedeutet wurde, den in der Einleitung § 4 aufgeführten Vorschlägen der Fachkommission (für Ausarbeitung eines Reichs-Civ.G.B.) über die Gestaltung des künftigen Deutschen Grundbuchsrechts wesentlich zur Grundlage gedient und empfiehlt sich daher schon deshalb

---

[176]) Durch Ges. vom 23. März 1873 für das Jadegebiet,
durch Gesetz vom 26. Mai 1873 für Neuvorpommern und Rügen,
durch Gesetz vom 27. Mai 1873 für Schleswig-Holstein, Provinz Hannover mit Ausnahme des Jadegebiets,
durch Gesetz vom 29. Mai 1873 für den Bezirk des vormal. App. Ger. zu Kassel mit Ausschluß des Amtsgerichts von Söhl,
durch Gesetz vom 30. Mai 1873 für den Bezirk des Justizsenats zu Ehrenbreitstein,
durch Gesetz vom 31. Mai 1873 für die Hohenzollernschen Lande.
S. Dernburg und Hinrichs loc. c. S. 66.

[177]) Von Oldenburg durch Ges. vom 3. April 1876,
von Braunschweig durch Ges. vom 8. März 1878,
von Schwarzburg-Sonderhausen durch Ges. vom 2. August 1882,
von Waldeck durch Ges. vom 25. Juni 1881,
von Lippe durch Ges. vom 27. Juli 1882.
S. Stobbe Deutsches Pr.R. loc. c. S. 330 und S. 198 Note 3.

und ganz abgeſehen von dem ausgedehnten territorialen Umfange ihrer Herrſchaft ſofort in dieſem hiſtoriſchen Abſchnitt der gegenwärtigen Arbeit einer überſichtlichen Würdigung wenigſtens in ihren Grundzügen, wobei indes nicht unerhebliche Schwierigkeiten zu überwinden ſind, da einerſeits dieſe Geſetzgebung nicht den Charakter einer Kodifikation des Immobiliarſachenrechts, ſondern nur jenen einer wenn auch ſehr eingreifenden Novelle zu dieſem Rechte an ſich trägt [178]) und andererſeits der bei der Schöpfung derſelben hervorgetretene Widerſtreit zwiſchen den von der Regierung vertretenen Prinzipien des Formalrechts und den hauptſächlich von dem Herrenhauſe betonten Grundſätzen des materiellen Rechts den geſchaffenen Neuerungen teilweiſe eine kompromißartige Geſtaltung gegeben hat, welche die Zurückführung einzelner ganz wichtiger Beſtimmungen auf feſte Maximen zu einer nicht leicht lösbaren Aufgabe macht.

Dieſe Legislation zerfällt, abgeſehen von dem zugleich erſchienenen Stempelabgabegeſetze, in zwei Geſetze, indem ſie umfaßt: I. Das Geſetz über Eigentumserwerb und dingliche Belaſtung der Grundſtücke, Bergwerke und ſelbſtſtändigen Gerechtigkeiten (ſog. Eig.Erw.Geſ.) und II. die Grundbuchsordnung, wovon das erſtere das materielle Grundbuchsrecht, die letztere aber die Grundbuchsverfaſſung das iſt die Normen über die Einrichtung der Grundbücher, die Organiſation der Grundbuchsämter und das Verfahren in Grundbuchsſachen, jedoch zugleich auch ſehr gewichtige materiell-rechtliche Beſtimmungen enthält.

Ich faſſe zunächſt das erſtere Geſetz in das Auge.

I. Das materielle Grundbuchsrecht nach der Preußiſchen Legislation vom 5. Mai 1872.

Das wichtigſte und eingreifendſte Prinzip in der Sphäre des Grundbuchsrechts iſt unbeſtreitbar das **Publizitätsprinzip**, weshalb ich über die Auffaſſung und Behandlung dieſes Prinzips im modernen Preuß. Rechte, zur Vermeidung von Wiederholungen

---

[178]) S. Dernburg und Hinrichs loc. c. S. 62.

bei einzelnen Rechtssätzen, folgende allgemeine Betrachtung vorausschicken zu müssen glaube. Das Grundbuchsrecht, welches den Zweck verfolgt, dem Immobiliarverkehr und dem Realkredit durch Führung eines Grundbuchs, welches die rechtlichen Verhältnisse der Liegenschaften mit öffentlichem Glauben bekundet, die denkbar größte Sicherheit zu verschaffen, müßte eigentlich zur vollständigen Realisierung dieses Zweckes, um jegliche Duplizität von grundbücherlichen und nicht grundbücherlichen dinglichen Rechten radikal zu beseitigen, zwei keine Ausnahmen zulassende Hauptmaximen aufstellen, nämlich einerseits den Grundsatz, daß alle dinglichen Rechte an Liegenschaften, also vor allem das Eigentumsrecht, gleichviel auf welchen gemeinrechtlichen Titel sich dieselben stützen, erst durch den Eintrag in das Grundbuch entstehen, so daß außerhalb des Grundbuchs keine dinglichen Rechte an Liegenschaften mehr rechtsgiltig auf der Bildfläche erscheinen könnten. Andererseits aber müßte zugleich der Grundsatz aufgestellt werden, daß alle formell korrekt eingetragenen Eigentums- und sonstige dingliche Rechte schon wegen dieser äußerlichen buchsmäßigen Erscheinung, ohne Rücksicht auf die der Eintragung zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisse, schlechthin als zu recht bestehend zu erachten seien und daher nur mehr durch persönliche Klagen (condictiones) angefochten werden können.[179]) Allein schon den ersten Grundsatz — Eintragungsprinzip (formelles Publizitätsprinzip) — hat bisher noch keine Gesetzgebung unbedingt und ausnahmslos durchgeführt und am allerwenigsten hat dies die Preußische Gesetzgebung gethan, welche vielmehr, wie sofort unten dargelegt werden soll, gerade in diesem Punkte mit bemerkenswerter Reserve vorgegangen ist.

Indes beruht die Lösung der Frage über den Umfang der Eintragungspflicht immerhin bis zu einem gewissen Grade mehr auf Zweckmäßigkeits- als auf Rechtsgründen und ist vielfach von der Art und Weise abhängig, in welcher die konkrete positive Ge-

---

[179]) S. hierüber Dr. Strohal, die Lehre vom Eigentum an Immobilien 1876. Seite 1 und ff.

setzgebung die sonstigen Lehren über den Erwerb der einzelnen dinglichen Rechte regelt.

Dagegen wird niemals die Legislation eines Kulturstaats den zweiten Grundsatz — von der Theorie als Prinzip der formellen Rechtskraft der Buchseinträge bezeichnet — schlechthin adoptieren können, wenn sie nicht eine bedenkliche Verwirrung der fundamentalsten juristischen Begriffe herbeiführen und schwere Verletzungen wohl erworbener Rechte, die allerdings bei keinem seinen Zweck wirklich erfüllenden Grundbuchssystem ganz vermieden werden können, ohne Not in sehr zahlreichen Fällen lediglich auf die prekäre Remedur durch persönliche Klagen verweisen will. Dieses Prinzip, hauptsächlich und zwar mit glänzender juristischer Dialektik vertreten von zwei Koryphäen im Gebiete der grundbuchsrechtlichen Literatur nämlich von Exner und von Meibom[180]), wonach also die formell korrekten Einträge im Grundbuche schlechthin rechtsbegründende, rechtsverändernde und rechtszerstörende Wirkung, ohne Rücksicht auf die der einzelnen Eintragung zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisse, hätten, würde nämlich zur notwendigen Konsequenz führen, daß z. B. auch derjenige, welcher durch ein Versehen des Grundbuchsrichters oder sogar durch eine strafbare Handlung etwa durch Vorlage eines gefälschten Erbschaftszeugnisses als Inhaber eines dinglichen Rechtes im Grundbuche eingetragen werden würde, auch dieses dingliche Recht, also auch Eigentum durch den formell korrekten Eintrag in Wirklichkeit erwerben würde, infolge dessen sodann der bisherige Berechtigte keinen dinglichen Anspruch, sondern nur mehr einen persönlichen Anspruch (eine condictio) auf Tilgung des Eintrags, beziehungsweise Rückübertragung des sine causa erworbenen Rechts hätte; allein dieser persönliche Anspruch würde im Falle eines Konkurses des Beklagten seine Dienste versagen und sich auf eine mehr oder weniger zu Verlust gehende Ersatzforderung an die Konkursmasse beschränken und wegen seiner persönlichen

---

[180]) S. v. Meibom, Mecklenb. Hyp.R. 1871 §§ 10 und 11 und Exner, Publizitätsprinzip 1870.

Natur gegen den Singularsuccessor, selbst wenn derselbe in mala fide wäre, überhaupt nicht geltend gemacht werden können!

Von einer derartigen Ueberspannung des materiellen Publizitätsprinzips hat sich die Preuß. Gesetzgebung und zwar wesentlich durch das Verdienst des Herrenhauses ferne gehalten; dieselbe hat vielmehr in ihren Bestimmungen über die Wirkung der Buchseinträge die Gedanken zum Ausdruck gebracht, daß die Eintragung dem Eingetragenen volle Rechte nur gewährt, wenn auch die materiellen Voraussetzungen seines Erwerbs vorhanden sind, daß jedoch einerseits immerhin die Eintragung schon für sich dem Eingetragenen stets formelle Verkehrs- und Klagelegitimation gewährt, so daß für Veräußerungen und Verpfändungen, sowie für die Fundierung dinglicher Klagen das Dasein des bezüglichen Grundbuchseintrags genügt, und daß andererseits — und das ist der Schwerpunkt des Publizitätsprinzips — dritte Erwerber gegen Entgelt, welche bona fide im Vertrauen auf den Rechtsbestand des Grundbuchseintrags gehandelt haben, gegen alle Anfechtungen, soweit solche den Bestand des Rechts des auctor betreffen, absolut geschützt sind.

Die neueste Preuß. Gesetzgebung hat also das materielle Publizitätsprinzip oder den Grundsatz der formellen Wahrheit der auf den dinglichen Rechtszustand einer Liegenschaft bezüglichen Eintragungen in ganz rationeller höchst verdienstvoller Art auf seinen richtigen Kern zurückgeführt und in den beiden Sätzen ausgeprägt, daß nämlich der äußerlich korrekt Eingetragene die im praktischen Rechtsleben sehr wichtige formelle Verkehrs- und Klagelegitimation hat und daß das intabulierte dingliche Recht desjenigen (d. i. eben der Dritte), welcher von dem korrekt Eingetragenen bona fide entgeltlich erworben hat, absolut unanfechtbar und unantastbar ist, soweit der Anfechtungsgrund die Rechtsgiltigkeit des Erwerbs des auctor oder überhaupt den hinsichtlich desselben vorhandenen Tabularstand zum Gegenstand hätte. Dieser Tabularstand bildet also dem Dritten gegenüber ein noli me tangere und ist zu dessen Gunsten jeder Diskussion entrückt. Hienach findet die schwierige Frage über die **Anfechtbarkeit** der

Grundbuchseinträge, durch welche das Puplizitätsprinzip erſt ſeine nähere praktiſche Beleuchtung empfängt, nach Preuß. Rechte folgende Löſung:[181])

Erſtens: Iſt der Eintrag nichtig d. h. verſtößt er gegen die weſentlichen auf die Form der Einträge ſelbſt (im Gegenſatz zu Formfehlern der Unterlagen dieſer Einträge, welche unter die nächſte Ziffer fallen) ſich beziehenden Vorſchriften, was auch von unverſtändlichen oder gar nicht in das Grundbuch gehörigen Einträgen gilt, iſt alſo z. B. als Name des Eigentümers lediglich ein Vorname oder eine Hypothek ohne Bezeichnung eines beſtimmten Gläubigers oder ohne Benennung einer Schuldſumme eingeſchrieben, ſo iſt ein ſolcher Eintrag ohne alle rechtliche Wirkung und wird auch nicht rechtswirkſam im Falle eines (gutgläubigen) Erwerbs ſeitens eines Dritten, ſo daß hiedurch dingliche Rechte nicht verloren gehen beziehungsweiſe entſtehen, und jeder dingliche Intereſſent Beſeitigung dieſes Eintrags im Klagewege (die Klage wird meiſtens die actio negatoria ſein) herbeiführen kann. Auch kann in einzelnen ſolchen Fällen nach Lage der Sache amtliche Berichtigung des Grundbuchs erfolgen, ſofern nicht inzwiſchen entſtandene weitere dingliche Rechte und deren Priorität ein Hindernis bilden.

Zweitens: Iſt dagegen der Eintrag unrichtig d. h. ein ſolcher, welcher ſich zwar als formell korrekt darſtellt, jedoch einen nicht beſtehenden dinglichen Rechtszuſtand bekundet, was z. B. der Fall iſt, wenn durch ein Verſehen des Grundbuchsrichters der B ſtatt des A als Eigentümer eingeſchrieben wird, oder der Eintrag ſich ſtützt auf ein nicht ingroſſationsfähiges Dokument oder auf eine gefälſchte oder Unrichtiges bezeugende Urkunde oder auf eine wegen Mangels der (perſönlichen) Verfügungsfähigkeit des Auflaſſenden nichtigen Auflaſſung, ſo geht durch einen ſolchen unrichtigen Eintrag das materielle Recht nicht unter, ſondern verbleibt dem Berechtigten, welcher daher mit der bezüglichen dinglichen Klage (vindicatio, actio negatoria ꝛc.), alſo auch gegen

[181]) S. Dernburg Pr. Priv.R. loc. c. § 201 S. 477 und ff.

die Konkursmasse des unrichtig Eingetragenen, sowie gegen dessen Singularsuccessor, wenn der letztere in mala fide ist oder unentgeltlich erworben hat, sein Recht verfolgen kann, wobei hervorgehoben werden muß, daß diese Klage insofern eigentümlicher Natur ist, als sie zugleich, oder unter Umständen ausschließlich, die Funktion erfüllt, die Wiederherstellung des Tabularstandes mit dem materiellen Recht herbeizuführen, also z. B. lediglich auf Rückauflassung gehen kann.

Erwirbt aber sodann weiter von dem unrichtig Eingetragenen jemand ein dingliches Recht entgeltlich in gutem Glauben, — es ist natürlich nur von einem Singularsuccessor die Rede — so zessiert zu Gunsten dieses Erwerbers (Dritten) jegliche Anfechtung des fraglichen vorausgegangenen unrichtigen Eintrags; das dingliche Recht des durch den (primären) unrichtigen Eintrag Verletzten geht unter. Ohne dieses allerdings schwere Opfer ist ein seinem Zwecke entsprechendes Grundbuchssystem nicht durchführbar, wobei indes zu betonen ist, daß dem Rechtsverluste durch tüchtige erfahrene Grundbuchsbeamten und in der Regel auch durch Vorsicht des Berechtigten selbst so ziemlich in allen Fällen vorgebeugt werden kann.

Drittens: Ist endlich die Eintragung zwar formell korrekt und stimmt dieselbe überdies auch an sich mit dem wirklichen Rechtszustande, so kann sie doch entkräftbar sein, namentlich weil ihr der innere Rechtsgrund (materielle causa) fehlt, was z. B. der Fall ist, wenn das der Auflassung vorhergehende materielle Rechtsgeschäft entnehmen läßt, daß A dem B ein Grundstück an Zahlungsstatt überläßt für eine Schuld, die in Wirklichkeit ohne sein Wissen längst berichtigt ist. In solchen Fällen ist die sogenannte Anfechtungsklage eine persönliche d. i. eine condictio wegen ungerechtfertigter Bereicherung, welche wegen ihrer persönlichen Eigenschaft überhaupt nicht gegen einen Singularsuccessor (Dritten) und also auch selbst dann nicht gegen denselben erhoben werden kann, wenn er in mala fide ist.

Diese von den gemeinrechtlichen Bestimmungen über Anfechtung der Rechtsakte wesentlich abweichende Dreigliederung der

Fälle, in welchen Buchseinträge angefochten werden können, liegt offenbar auch den im § 4 dieser Arbeit sub Ziffer I. 3) mitgeteilten Sätzen der Fachkommission über „die Tragweite der publica fides“ im Immobiliarsachenrecht zu Grunde, jedoch mit der bedeutsamen Abänderung, daß auch in den Fällen der letzterwähnten Art das betreffende dingliche Recht demjenigen, welcher den materiellen Anfechtungsgrund nachzuweisen vermag, mindestens nicht definitiv verloren gehen solle, indem ihm hienach zur Wahrung seines Rechts ein dinglich wirkender Anspruch eingeräumt werden soll, der eben wegen dieser seiner dinglichen Natur auch gegen die Konkursmasse des Beklagten und auch gegen den Singularsuccessor, sofern der letztere in mala fide wäre oder unentgeltlich erworben hätte, geltend gemacht werden könnte.

Es wäre hiemit allerdings dem materiellen Rechte eine nicht zu unterschätzende Konzession gemacht. Allein es entsteht denn doch angesichts dieser dem praktischen Rechtsleben immer noch viele Zweifel bietenden Kategorisierung der Anfechtungsfälle der Buchseinträge, nachdem sich in der Gestaltung dieser Kategorien die Anerkennung des legislatorischen Postulats, dem materiellen Rechte soweit als nur möglich auch im Grundbuchswesen zum Siege zu verhelfen, in der deutlichsten und verdienstvollsten Weise ausgedrückt findet, die sehr gewichtige Frage, ob es nicht viel besser wäre, das diese Kategorisierung beherrschende, unten näher zu besprechende sogenannte Konsensprinzip, wornach die Grundlage für die Eintragung der dinglichen Rechte im Grundbuche die von der materiellen causa absehende abstrakte Bewilligung desjenigen sein soll, der durch diese Bewilligung belastet wird oder ein Recht verliert, überhaupt als thatsächlich doch nicht vollständig haltbar aufzugeben und auf sein natürliches Terrain das ist auf das Grundbuchsverfahren zu beschränken oder doch mindestens wesentlich zu modifizieren und ob nicht vielmehr statt dieses Prinzips dem obligatorischen Elemente also dem materiellen Rechtsgeschäfte auch beim Erwerb und Verlust von dinglichen Rechten an Liegenschaften die sonst im Civilrecht herrschende Bedeutung und Wirkung unter den Kontrahenten beizumessen sei?

Auf diese tief eingreifende Frage werde ich später noch zurückkommen.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen gehe ich zu einer möglichst gedrängten Darstellung der einzelnen Bistimmungen des materiellen Grundbuchsrechts in Preußen über.

A. Erwerb des Eigentums an Immobilien.

Das Eigentum an Grundstücken rc. wird seit dem 1. Oktober 1872 in den Fällen der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden d. i. in den Fällen der gemeinrechtlichen sog. Tradition nur durch Auflassung und Eintragung[182]) in das Grundbuch erworben, so daß für diese Eigentumserwerbsart die Besitzübertragung nicht notwendig und überhaupt irrelevant ist.

Alle übrigen Erwerbsarten des Grundeigentums dagegen bleiben vor wie nach bestehen und es erzeugen also deren thatsächliche Voraussetzungen Eigentum ohne Intabulierung, jedoch mit der Modifikation, daß auch in diesen Fällen erst durch die Eintragung des also schon außerbücherlich entstandenen Eigentums für den Eigentümer die Befugnis der Weiterveräußerung der betreffenden Liegenschaft durch Auflassung und jene der Belastung dieser Liegenschaft erwächst.

Ausschließlich und allein die Erwerbsart der Ersitzung macht von diesem letzteren Grundsatze (der Aufrechterhaltung der übrigen Erwerbsarten außer der Tradition) eine Ausnahme, jedoch nur in relativer Weise d. i. insoferne, als die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigentümer überhaupt nicht mehr Platz greift.

Diese in kurzen Zügen dargelegten Fundamentalprinzipien des Preuß. Rechts über den Erwerb des Eigentums an Immo-

---

[182]) Es wird also Grundeigentum in den Fällen der freiwilligen Veräußerung nicht schon durch die bloße Auflassungserklärung (wie Bähr wollte), sondern entsprechend dem Publizitätsprinzip erst durch Intabulierung erworben, so daß Eigentum nicht übergeht, wenn der Auflassung durch ein Versehen des Grundbuchrichters oder höhere Gewalt (z. B. Brand) die Intabulierung nicht nachgefolgt ist.

Dernburg Pr. P.R. Bd. I S. 585 Note 10.

bilien, wornach insbesondere an die Stelle der Röm. Tradition in organischer Fortentwicklung des Deutschen Immobiliarsachenrechts die Intabulation d. i. Einschreibung in das Grundbuch als konstitutives Element des Eigentumserwerbs gesetzt und hiemit wenigstens in der Hauptsache der Gegensatz zwischen einem bücherlichen und außerbücherlichen Eigentum an einer und derselben Liegenschaft überwunden[183]) ist, ergeben sich mit aller Klarheit aus nachstehenden Bestimmungen des Eig.Erw.Ges.:

„§ 1. Im Falle einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigentum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuche erworben.

§ 2. Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchsamte abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbes bewillige und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage."

„§ 5) Außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung wird Grundeigentum nach dem bisher geltenden Rechte erworben.

Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks

---

[183]) Daß dieser Gegensatz durch die Gesetzgebung eines Kulturstaats niemals ganz vollständig beseitigt werden kann, habe ich schon öfter betont; allein dieser Gegensatz beruht bei dem Deutschen Grundbuchsystem nicht wie im älteren Röm. R. auf dem Dasein von zwei verschiedenen (objektiven) Rechtsordnungen und der sich hieraus ergebenden zwei verschiedenen Eigentumsarten, — des civilen und prätorischen Eigentums — sondern bezieht sich nur auf jene Fälle, in welchen Jemand mit Unrecht als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist (s. die obigen Anfechtungsfälle sub 1 und 2) also nur Scheineigentum hat, so daß es prinzipiell nur Eine Eigentumsart und nur Ein Eigentumsrecht an derselben Liegenschaft gibt, welches letztere auch faktisch das Scheineigentum zu überwinden befähigt ist, soferne nicht ein gutgläubiger entgeltlicher Erwerb eines Dritten inzwischen eingetreten ist, welcher Erwerb indes durch Vorsicht des wirklichen Eigentümers (z. B. durch Eintrag von Vormerkungen) beinahe stets verhindert werden kann.

erlangt aber der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuche." (Relatives Eintragungsprinzip).

„§ 6. Gegen den eingetragenen Eigentümer findet ein Erwerb des Eigentums an dem Grundstück durch Ersitzung nicht statt." [184])

Im einzelnen folgendes:

1) Der Eigentumserwerb durch **Auflassung und Eintragung.**

a) die Auflassung ist nach den angeführten Gesetzesstellen ohne allen Zweifel als ein abstraktes d. i. als ein von jeder materiellen causa absehendes Rechtsgeschäft (Vertrag) aufgefaßt, welches in Verbindung mit der Eintragung Eigentum erzeugt, so daß der Akt zugleich insoferne den Charakter eines dinglichen Vertrags an sich trägt, als man sich die Eintragung als Bestandteil der Auflassungserklärung (als Verkörperung des von den Par-

---

[184]) Sehr instruktiv ist die Vergleichung der obigen Gesetzesbestimmungen mit den bezüglichen Vorschlägen der Fachkommission, welche letztere ich daher wiederholt (s. § 4 dieser Arbeit) anführe:

„1) Das Eigentum an den in das Grundbuch eingetragenen Grundstücken (und ebenso bei nicht registrierten, vorbehaltlich von Übergangsbestimmungen) kann in Veräußerungsfällen (inter vivos) nur durch Eintragung in das Grundbuch übergehen. Tradition ist nicht erforderlich und ersetzt die Eintragung nicht.

2) Die Eintragung im Grundbuche erfolgt auf Grund der Erklärungen des bisherigen eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er die Eintragung beantrage, ohne daß es einer Deklarierung des den Erklärungen zu grunde liegenden Rechtsgeschäftes bedarf."

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Vorschläge ganz bedeutsame Abänderungen und, wie ich glaube, Verbesserungen der Preuß. Gesetzgebung enthalten, indem insbesondere der Akt, welcher hienach die Grundlage der Eigentumseinschreibung zu bilden hätte, nicht gerade ausschließlich vor dem zuständigen Grundbuchsrichter und auch nicht gerade schlechterdings „gleichzeitig" vorgenommen werden müßte; allein immerhin scheint auch dieser Akt — der Ausdruck Auflassung hiefür ist vermieden — als ein selbstständiger abstrakter dinglicher Vertrag aufgefaßt werden zu müssen, so daß das materielle Rechtsgeschäft für den Eigentumsübergang bedeutungslos wäre.

Siehe über diesen Punkt die unten folgende Erörterung S. 133 ff.

teien gesetzten Willens) denkt, wenn auch diese Eintragung der Auflassungserklärung zeitlich und zwar nicht selten erst nach einem längeren Zeitraum nachfolgt und ausschließlich vom Grundbuchsamte ohne Zuziehung der Parteien vorgenommen wird.

Die Auflassung ist daher keineswegs nur die grundbuchsordnungsmäßige Voraussetzung der Intabulierung in den Fällen der freiwilligen Veräußerung in der Art, daß sie etwa als ein das Geständnis eines in Mitte liegenden materiellen Rechtsgeschäftes stillschweigend enthaltend die formale Grundlage der Einschreibung zu bilden bestimmt wäre, sondern sie ist vielmehr selbst das Rechtsgeschäft, welches in Verbindung mit der Eintragung direkt und ohne Rücksicht auf eine materielle causa Eigentum hervorbringt;[185]) es kann deshalb auch das durch Auflassung und Eintragung entstandene Eigentum nicht durch eine Klage des materiellen Kontrakts, der ja für den Eigentumserwerb irrelevant ist, sondern soweit der Anfechtungsgrund thatsächlich aus dem materiellen Rechtsgeschäfte sich entnehmen läßt, nur durch eine Kondiktion angefochten werden,[186]) während Mängel der (abstrakten) Auflassung selbst (z. B. Mangel der persönlichen Dispositionsfähigkeit des Auflassenden) direkt die Grundlage zu Anfechtungen des Eigentums bilden können, wenn auch, wie bereits oben erwähnt, juristisch die Klage der Natur der Sache nach (wegen Nichtigkeit der abstraktien Auflassung) in der Regel die vindicatio oder negatoria sein wird.[187])

---

[185]) Dernburg loc. c. § 240.

[186]) Dernburg loc. c. § 241 S. 589.

[187]) Wenn Dr. Förster die Auflassung, – im Gegensatz zu der oben in Übereinstimmung mit der Praxis und der überwiegenden Mehrzahl der Theoretiker angenommenen Konstruktion derselben als eines abstrakten dinglichen Vertrags — überhaupt nicht als einen Vertrag gelten lassen will, sondern in derselben nur einseitige Handlungen vor dem Grundbuchsamte erblickt, welche civilistisch unter den Gesichtspunkten der Dereliction und Okkupation zu konstruieren seien,

Dr. Förster, Theorie und Praxis des Preuß. Pr. Rechts Bd. III § 178 so stand er ohne Zweifel unter dem Banne einer irrigen historischen Ansicht über die altdeutsche Auflassung und verlor den natürlichen Rechtsboden,

b) Die Auflassungserklärung setzt voraus, daß der Auflassende bereits eingetragener Eigentümer sei; Besitzer braucht er dagegen nicht zu sein.

Wer also seit dem 1. Okt. 1872 ein Grundstück veräußern oder verpfänden will und im Grundbuche noch nicht als Eigentümer eingtragen ist, hat erst sein Eigentumsrecht dem Grundbuchsamte nachzuweisen und zur Einschreibung zu befördern, um auflassungsberechtigt zu sein, wobei hervorgehoben werden muß, daß, wenn sich das Eigentum des Antragstellers auf eine nach dem 1. Okt. 1872 entstandene Erwerbsart stützt, diese Erwerbsart jedenfalls nicht mehr Vertrag und Tradition sein kann, da hiedurch von der bezeichneten Zeit ab Eigentum an Immobilien nicht mehr erworben werden kann. [188])

c) Die Evidenterhaltung des Grundbuchs, d. i. die fortgesetzte Herbeiführung der Übereinstimmung des Tabularstandes mit der materiellen Rechtslage hinsichtlich der einzelnen Grundstücke stützt sich, wie gleich hier aus Zweckmäßigkeitsgründen im Anschluße an die Erörterung des Auflassungssystems dargelegt wird, keineswegs etwa auf einen allgemeinen direkten Zwang zu Ein- und Umschreibungen, sondern mit einer einzigen Ausnahme [189]) lediglich auf indirekte Nötigungsmittel, welche neben

---

indem er mit allem Eifer darnach strebte, den Eigentumsübergang durch Auflassung möglichst unantastbar zu machen, und deshalb demselben den Stempel einer originären Erwerbsart aufdrücken zu können glaubte.

[188]) Nur für den Fall, als ein Grundbuchsblatt bisher noch nicht angelegt werden konnte (§ 49 der Grdb.Ord.), also z. B. in Rechtsgebieten, in welchen es zur Anlegung von Grundbüchern noch nicht gekommen ist besteht die Eigentumserwerbsart der Tradition fort.

S. Urteil d. Preuß. Ober-Trib. Bd. 77 S. 275.

Die Ansicht Dernburgs loc. c. § 240, daß diese Erwerbsart überhaupt in so lange fortbesteht, als es thatsächlich noch nicht zur Eröffnung eines Grundbuchblatts gekommen ist, scheint mir nicht richtig zu sein und ist mit den Zwecken des Grundbuchsystems nicht vereinbar.

[189]) Ausnahmsweise kann nemlich in den Fällen des ohne Inskription eintretenden Eigentumserwerbs der Eigentümer zur Eintragung seines Eigentums angehalten werden, „wenn eine zuständige Behörde dieselbe

der allgemeinen Pression, welche in den drohenden Folgen des Publizitätsprinzips für Versäumung von Einschreibungen zu erblicken ist,[190]) wesentlich in den beiden Rechtssätzen gelegen sind, daß ohne Einschreibung des Eigentums auf dem Wege der freiwilligen Veräußerung Eigentum an einem Grundstück nicht mehr übertragen, und daß weiter letzteres ohne diese Einschreibung nicht mehr belastet werden kann. Auch gilt der wichtige Grundsatz, daß ein im Grundbuche einmal verzeichnetes Grundstück durch Privatakt hieraus nicht mehr entfernt werden kann.

d) Die Auflassung ist ein öffentlicher Akt, welcher ausschließlich und allein bei Meidung der Nullität vor dem Grundbuchsrichter der gelegenen Sache durch Protokollarerklärung abgeschlossen werden kann und zwar persönlich oder durch Spezialbevollmächtigte, jedoch stets gleichzeitig,[191]) und würde die Aufnahme dieses Akts vor einem andern, als dem zuständigen Grundbuchricher, oder vor einem Notar, ohne alle Wirkung sein, so daß also nach preußischem Rechte keineswegs etwa die notarielle

---

fordert, oder wenn ein dinglich oder zu einer Eintragung berechtigter dieselbe beantragt." §§ 55 und 56 der Grund.Ord.

[190]) Auch wenn derjenige, welcher vor dem 1. Oktober 1872 als Eigentümer im Grundbuche eingetragen wurde, die Auflassung bewilligt, tritt die Wirkung des Publicitätsprinzips ein d. h. der Aufgelassene — erlangt, soferne er nur im guten Glauben ist und entgeltlich erwirbt, Eigentumsrecht, wenn gleich der Auflassende in Wirklichkeit nicht Eigentümer war.

So mit gutem Grunde die Rechtssprechung des Reichsgerichts (Bd. II S. 323) gegen die Ansicht des früheren Preuß. Ober-Trib. (Bd. 75 S. 15 ff.), welches in solchen Fällen die Wirkung der Publicität als ausgeschlossen betrachtete, von der Erwägung ausgehend, daß das Gesetz keine rückwirkende Kraft haben könne und bezügliche ausdrückliche Übergangsbestimmungen fehlen, sohin der bisherige wahre Eigentümer sein Eigentum durch eine derartige Auflassung nicht verlieren dürfe. — Allein vigilantibus sunt jura; er war durch die neue Gesetzgebung gemahnt, die Eintragung seines Eigentums zu veranlassen.

[191]) Wenn also ein einziges Glied einer mehrköpfigen Partei am Termine ausbleibt, so ist überhaupt keine Auflassung möglich, da das Erfordernis der Gleichzeitigkeit des Akts die Zulässigkeit eines nachträglichen Ratifikatoriums ausschließt.

Beurkundung des materiellen Rechtsgeschäfts mit angefügter Auflassungserklärung und die Vorlage einer solchen Notariatsurkunde bei dem zuständigen Grundbuchsrichter als geeignete Grundlagen für Einschreibungen des Eigentums anzusehen sind.

e) Das Verhältnis des materiellen Rechtsgeschäftes zu der Auflassungstheorie ist folgendes:[192])

Das materielle Rechtsgeschäft über Veräußerungen von Immobilien ist nach Preuß. Rechte ohne Rücksicht auf den Wert der betreffenden Objekte bei Meidung der Nichtigkeit, wie bereits oben erwähnt, schriftlich abzufassen und begründet dann eine Klage auf Auflassung, in welchem Falle das hierauf ergangene rechtskräftige, verurteilende Erkenntnis die Auflassungserkärung des Auflassenden ersetzt, so daß der siegreiche Kläger auf Grund dieses Urteils durch einseitigen Antrag die Intabulierung des Eigentumsübergangs auf ihn veranlassen und hiemit den Eigentumserwerb herbeiführen kann,[193]) wobei hervorzuheben ist, daß der fragliche Antrag ohne allen Zweifel die rechtliche Bedeutung einer Auflassung hat.

Ist die Auflassungserklärung und Einschreibung erfolgt, ohne daß über das materielle Rechtsgeschäft ein schriftlicher, also rechtsgültiger Vertrag abgeschlossen worden ist, so wirft die geschehene Auflassung und Eintragung ihre befruchtenden Strahlen nach rückwärts und fördert den also an sich nichtigen Vertrag zur Rechtswirksamkeit, so daß z. B. der Verkäufer, welcher vor Em-

---

[192]) „In der Auflassungserklärung können die Beteiligten das Rechtsgeschäft, welches der Auflassung zu grunde liegt, bezeichnen, und sind dieselben befugt, eine Ausfertigung oder Abschrift der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde zu den Akten zu geben."

§ 48 Abs. 2 d. Grdb.O.

In der Regel wird auch in der That eine Urkunde über das Veräußerungsgeschäft, von welchem Stempel entrichtet ist, vorgelegt, da außerdem ein Auflassungsstempel von einem Prozent des Sachwerts zu entrichten ist. Dernburg loc. c. § 240 Note 6.

[193]) § 3 des E.E.Ges.:

„Ein Erkenntnis, durch welches der eingetragene Eigentümer eines Grundstücks zur Auflassung rechtskräftig verurteilt ist, ersetzt die Auflassungserklärung desselben."

pfang des Kaufpreises ohne schriftlichen Vertrag dem Käufer aufgelassen hat, nun doch gegen letzteren eine Klage auf Bezahlung des Kaufpreises erlangt (§ 10 des E.E.Ges.).

Es war diese Bestimmung im Interesse des materiellen Rechts notwendig, nachdem man einmal den obligatorischen Vertrag als Faktor zur Erzeugung des Eigentumsübergangs über Bord geworfen hatte.[194])

f) Die Eintragung des Eigentums unter einer Suspensivbedingung oder erst von einem künftigen Termin ab, ist unstatthaft und nur zur Einschreibung einer Vormerkung geeignet, da das Grundbuch stets den dermaligen Eigentümer vorzutragen bestimmt ist.[195])

g) Schließlich sind hier noch als Besonderheiten des Preuß. Auflassungssystems, die sich jedenfalls nicht zur allgemeinen Anwendung eignen, hervorgehoben, daß die Miterben auflassen können (nicht so der Alleinerbe), auch wenn sie den Eintrag ihres Eigentums im Grundbuche nicht veranlaßt haben (§ 5 des E.E.G.) und daß es „für Domänen und andere dem Staate gehörige Grundstücke, für jene der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, für Eisenbahnen und öffentliche Landwege der Anlegung eines Grundbuchblattes nur im Falle der Veräußerung und Belastung bedarf" (§ 2 der Grdb.Ord.), so daß in diesem Ausnahmsfalle eine Abschreibung im Grundbuche ohne Zuschreibung auf ein anderes Blatt vorkommen kann.

Wenn nun nach dieser ganz kurzen Charakterisierung der Preuß. Auflassungstheorie die Frage über deren praktische Aus-

---

[194]) Wie aber, wenn nicht einmal ein fester mündlicher Vertrag abgeschlossen ist und dennoch die Auflassung erklärt wird, was z. B. bei Gutsübergaben aus verwandtschaftlicher Vertrauensseligkeit und dergleichen Motiven, wie jeder Praktiker weiß, sehr leicht vorkommen kann? In solchen Fällen ist der veräußernde Teil geradezu schutzlos gelassen und wenn derartige Fälle in Preußen nur sehr selten vorkommen mögen, so ist dies nicht auf ein Verdienst der Gesetzgebung, sondern auf jenes von tüchtigen Grundbuchsbeamten zurückzuführen, welche die Parteien auf die bedenklichen Folgen ihrer Handlungen aufmerksam machen.

[195]) Dernburg loc. c. § 240 S. 585.

dehnung und Anwendbarkeit auf ganz Deutschland gewürdigt werden soll, so kann zwar einerseits nicht verkannt werden, daß die Preuß. Grundbuchsgesetzgebung das große Verdienst hat, auch das Eintragungsprinzip (wie nach dem Obigen das materielle Publizitätsprinzip) auf seine im wesentlichen ganz richtig gezogenen Grenzen beschränkt und die zuvor ziemlich allgemein verbreitete Ansicht der Theorie berichtigt zu haben, daß nemlich beim Grundbuchssystem Eigentum an Grundstücken stets nur durch Eintragung im Grundbuche entstehen könne und alle gemeinrechtlichen sogenannten Eigentumserwerbsarten, soweit sie überhaupt nicht gänzlich wegfallen, nur mehr Titel zur Eintragung bilden sollen.[196])

Allein wenn sich auch die Preußische Gesetzgebung von dieser extremen Ausdehnung des Eintragungsprinzips in entsprechender Würdigung der thatsächlichen Rechtsbedürfnisse bewahrt hat, so läßt sich doch andererseits nicht leugnen, daß die ganze Gestaltung der Preußischen Auflassung ein äußerst künstliches Gebilde ist, welches niemals volkstümlich werden und niemals im Rechtsbewußtsein der Nation Wurzel schlagen kann.

Der Zweck der Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Instituts ging offenbar dahin, einerseits den Grundbuchsrichter möglichst von dem sogenannten Legalitätsprinzip zu befreien und andererseits den Verkehr mit Grundstücken trotz der notwendigen öffentlichen Formen möglichst zu erleichtern.[197])

Allein, um diese Ziele zu erreichen, ist eine so scharfe Scheidung des obligatorischen und des dinglichen Elements und eine so bedenkliche Zurücksetzung und Ignorierung des ersteren beim Grundeigentumserwerb durchaus keineswegs notwendig. Wenn man nemlich zur Intabulierung des Eigentums bei freiwilligen Veräußerungen doch einer öffentlichen Beurkundung, welchen Charakter ja auch die Auflassung hat, wegen der bedeutsamen Wirkungen, die sich an die Einschreibungen knüpfen, schlechterdings nicht entraten kann, so ist es doch ohne Zweifel viel einfacher

---

[196]) Beseler § 91 II.

[197]) Dernburg loc. c. § 240 S. 584.

zu bestimmen, daß das materielle Rechtsgeschäft öffentlich, sei es vor Gericht oder Notar, unter Beifügung der Auflassungserklärungen verlautbart und auf Grund dieser dem Grundbuchsrichter vorzulegenden Urkunde die Einschreibung im Grundbuche vollzogen werden soll,[198]) wobei zugleich dem das materielle Rechtsgeschäft beurkundenden Beamten zur Pflicht gemacht werden kann, nach Maßgabe und mit Rücksicht auf den zuvor einzusehenden Tabularstand des Grundbuchs die Instrumentierung vorzunehmen, infolge dessen den Parteien mannigfache erfolglose Gänge zum Grundbuchsamt erspart bleiben würden,[199]) und dem Grundbuchsrichter, dessen Prüfungsrecht auch bei diesem Systeme ganz genau auf dieselben Punkte wie bei der Auflassung beschränkt werden könnte, seine amtliche Thätigkeit in außerordentlichem Maße erleichtert sein würde, und dies um so mehr, als der instrumentierende Beamte selbstverständlich außer der Verlautbarung des materiellen Rechtsgeschäfts zugleich auch alle jene Rechtsakte aufnehmen würde, welche etwaige Hindernisse der Eintragung im Grundbuch zu beseitigen geeignet wären, und überdies der Urkunde über das materielle Rechtsgeschäft auch die in der Regel gebotenen Hypothekbestellungen für die Ansprüche des veräußernden Teils einverleiben würde, so daß hierüber nicht gesonderte Akte, wie nach Preußischem System, aufgenommen werden müßten.

Auch würde hiemit das Grundbuchsrecht, welches doch nur soweit als es absolut notwendig ist, ein Sonderrecht darstellen soll, mit den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts in einem ganz adäquaten Zusammenhange verbleiben und der bedenklichen

---

[198]) Auf diesem Standpunkte steht auch der Bayer. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs vom Jahr 1864 (Art. 68 und 149), eine hervorragende klar durchdachte legislatorische Arbeit, die in der juristischen Literatur mit Recht eine äußerst günstige Beurteilung gefunden hat; ich werde auf dieselbe später wiederholt zurückkommen.

[199]) Man beachte hiebei § 48 der Pr. Gr.Ordnung, also lautend: „Der Grundbuchsrichter darf die Auflassungserklärung erst entgegen nehmen, wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofortigen Eintragung des Eigentums ein Hindernis nicht entgegensteht.“

Thätigkeit der Kommissionäre, die wenigstens in den größeren Städten die rein formalen Auflassungserklärungen für die Parteien in Händen halten, ein kräftiger Riegel vorgeschoben und sohin auch nach dieser Richtung hin das materielle Recht besser geschützt sein.[200])

Es wäre hiebei nicht einmal absolut notwendig, daß der obligatorische Vertrag bei Meidung der Nullität öffentlich beurkundet werden muß, obgleich eine solche Bestimmung unstreitig das wirksamste Mittel zur Evidenthaltung des Grundbuchs ist und das materielle Recht am besten schützt, sondern es ließe sich auch die Aufstellung des Grundsatzes denken, daß ein mündlicher oder schriftlicher Vortrag wenigstens insoweit gelten soll, als auf Grund desselben auf öffentliche Verlautbarung des Vertrags geklagt werden könnte, so daß sodann im Anschluß an diese öffentliche Beurkundung mit beigefügter Auflassungserklärung die Intabulierung vorzunehmen wäre. Auch würde sich diese Gestaltung der Auflassungstheorie an die bisherigen grundbücherlichen Rechtszustände in Deutschland ganz leicht anschließen und hauptsächlich sofortiges allgemeines Verständnis finden.

Endlich würde auch diese Regulierung der Eigentumsübertragungsbedingungen in den Fällen der freiwilligen Veräußerung

---

[200]) Wenn der neueste Entwurf eines Gesetzes, betreffend den Erwerb und die Belastung der Grundstücke 2c. für Elsaß-Lothringen, welcher in der Hauptsache eine Kopie der Preuß. Grundbuchsgesetzgebung ist, die Notare vor den Kommissionären in der Art begünstigen will, daß der Notar, welcher den materiellen Vertrag verlautbart hat, in dieser Urkunde von einer Partei oder von beiden Parteien zugleich mit der Auflassungserklärung vor dem Grundbuchsamte beauftragt werden kann, so geht dieser Entwurf von einer Auffassung über die Stellung und Aufgabe des Notariats aus, welche die Notare sehr peinlich berühren muß, da diese ein Staatsamt ausüben, also niemals Parteivertreter und sohin auch nicht die Vertreter beider Parteien sein können, sondern in koordinierter Weise mit dem Grundbuchsbeamten dasjenige im Gebiete der freiwilligen Rechtspflege in Kraft ihres Amtes auf Antrag der Parteien vornehmen, was die Gesetzgebung ihrer amtlichen Zuständigkeit überwiesen hat. Über die Verquickung des Notariats mit der Advokatur oder gar mit dem Gewerbe der Kommissionäre haben Wissenschaft und Erfahrung schon längst ihr Urteil gesprochen.

unmöglich als Bevormundung des Publikums aufgefaßt und empfunden werden können, da wohl jeder Vernünftige einsehen muß, daß die enormen Vorteile des Grundbuchssystems für die Sicherheit des Grundeigentums und des Realkredits ohne bestimmte öffentliche Beurkundungen nicht erreichbar sind, und es also nur darauf ankommt, für diese Beurkundungen den rechtsbedürftigen Parteien stets bereite und doch an strenge Amtspflichten und schwere Verantwortlichkeiten gebundene Staatsorgane zur Verfügung zu stellen und insbesondere das Publikum von dem grundbuchsamtlichen Terminskalender zu emanzipieren und aus den Händen der Kommissionäre zu befreien.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen in den §§ 6 und 7 dieser Arbeit Bezug genommen, wo meines Erachtens gründlich nachgewiesen ist, daß weder die Röm. Tradition besonders in der Gestalt, wie sie bei uns (und in Frankreich) rezipiert worden ist, noch die wahre Deutsche Auflassung unter dem Gesichtspunkte von abstrakten dinglichen Verträgen aufgefaßt werden können.

2) Die **übrigen Erwerbsarten** des Grundeigentums und deren Stellung im Grundbuchssystem im Allgemeinen.

a) „Außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung" (inter vivos) — sagt das Gesetz — „wird Grundeigentum nach dem bisher geltenden Rechte erworben", d. h. erzeugen die bezüglichen, nach dem bisher geltenden Rechte geforderten thatsächlichen Voraussetzungen (z. B. Erbschaft, Adjudikation, Expropriation ꝛc.) Eigentum an Liegenschaften ohne Intabulierung, soweit sie als Erwerbsarten des Grundeigentums nicht überhaupt aufgehoben worden sind (Ersitzung).

Die hienach statuierte Beschränkung des Eintragungsprinzips hinsichtlich des Grundeigentumserwerbs auf die Fälle der bisherigen Tradition stellt sich nach meinem Dafürhalten nicht nur juristisch als durchaus gerechtfertigt und korrekt dar, sondern entspricht auch vollkommen wirklich vorhandenen Rechtsbedürfnissen, so daß ich auch in dieser Reserve, wie bereits erwähnt, ein hohes Verdienst der Preuß. Gesetzgebung um die Entwicklung des Grundbuchsrechts erblicke.

Würde man nemlich diese „übrigen Erwerbsarten“ nur zu Titeln des Grundeigentumserwerbs degradieren, so müßte man einerseits das gemeine Recht (jus commune) in der Materie des Grundeigentumserwerbs (z. B. durch Erbgang) in einer Weise abändern, die zum Teil mit sonstigen Fundamentalprinzipien des gemeinen Rechts geradezu in Widerspruch stehen würde und also dem Immobiliarsachenrecht mehr als meines Erachtens notwendig ist den Charakter einer exorbitanten Singularität aufprägen, und würde andererseits das materielle Recht in einzelnen Fällen ohne ausreichende rechtspolitische Begründung schwer schädigen, indem demselben ein ausreichender Rechtsschutz fehlen würde.

Der Beweis für die Richtigkeit dieser Rechtsanschauung dürfte sich aus der unten folgenden kurzen Übersicht der einzelnen „übrigen Erwerbsarten“ des Grundeigentums von selbst ergeben.

Indes wird es zweckmäßig sein, gleich hier wenigstens einige Beispiele zur Illustration der Rechtsfolgen anzuführen, welche eintreten würden, wenn man die Intabulation zur Voraussetzung des Grundeigentumserwerbs auch außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden machen würde.

Setzen wir folgenden Fall: A hat vor dem 1. Oktober 1872 durch Ersitzung ein Grundstück, welches jedoch im Grundbuche noch auf den Namen eines Vorbesitzers C steht, zu Eigentum erworben und stirbt ohne die Umschreibung des Eigentums auf seinen Namen im Grundbuche veranlaßt zu haben. B will nun als Erbe des A — etwa wegen eines beabsichtigten Verkaufes oder einer Kapitalsaufnahme — die Transkription des Grundstücks auf seinen Namen in das Werk setzen, allein C, der inzwischen auch wieder Besitzhandlungen vorgenommen hat, protestiert dagegen und beruft sich auf seinen eingeschriebenen Erwerbstitel, z. B. Kauf (mit Tradition).

Wie soll nun B, wenn der Erwerb der Erbschaft noch nicht Eigentum an den Immobilien der Erbmasse gewährt, zu seinem Rechte kommen?

Die hereditatis petitio steht ihm entschieden nicht zur Seite, da ja C nicht auf Grund der Erbschaft (pro herede), sondern

eines singulären Titels zu besitzen behauptet;[201]) die Vindikation hätte er aber auch nicht, da das Fundament derselben das Eigentum ist, dieses ihm jedoch unter obiger Voraussetzung gerade fehlen würde.

Oder setzen wir einen anderen Fall, bei welchem das ältere Recht nicht in Frage kommt:

B tritt auf Grund eines früheren (später widerrufenen) Testaments des A, in welchem er zum Erben eingesetzt ist, die Erbschaft an und erwirbt die Umschreibung der zur Erbmasse gehörigen Liegenschaften auf seinen Namen im Grundbuche, beeilt sich aber, da er weiß, daß auch ein jüngeres Testament des A vorhanden ist, in welchem das frühere Testament aufgehoben und C zum Erben eingesetzt ist, die erbschaftlichen Liegenschaften zu verkaufen, und bewirkt durch Auflassung Umschreibung derselben auf den D, welcher Kenntnis von diesem Sachverhalte hat, also in mala fide ist und — nehmen wir weiter an — bald hierauf dem Konkurse verfällt.

Welche Rechtsstellung hat nun gegenüber dieser Sachlage der wahre Erbe C, der inzwischen die Erbschaft auf Grund des letzten Testaments angetreten hat, d. h. wie kann derselbe seine gerechten Ansprüche realisieren?

Derselbe hat zwar ohne Zweifel die hereditatis petitio gegen den B auf Ersatz des vollen Interesses, da diese Klage bekanntlich auch bei uns (wie schon nach Röm. R. infolge des bekannten Sen. Cons. Juventianum)[202]) auch auf Ersatz für das früher als Erbschaft Besessene geht; er hat weiter auch gegen den D und dessen Konkursmasse die actio doli auf Schadensersatz.

Allein wenn nun diese Klagen keinen materiellen Erfolg haben resp. in Aussicht stellen, — und das wird fast ausnahmslos

---

[201]) Puchta Pand. § 575.
Windscheid Pand. Bd. III § 614.

[202]) Puchta Pand. § 515.
Windscheid Pand. III § 612.

bei derartigen Sachlagen der Fall sein — wie steht es dann mit den Ansprüchen des C unter obiger Voraussetzung?

Er wäre einfach durch Betrug und Gaunerei unwiderbringlich um das ihm gebührende Eigentum gebracht; das Recht würde ihm keinen ausreichenden Rechtsschutz gewähren, da es ihm das Eigentum und hiemit das einzige Rechtsmittel, welches ihm wirklich helfen könnte, nemlich die Vindikation im Namen einer vermeintlichen Rechtskonsequenz des Grundbuchssystems versagen würde.

Ganz ähnliche mißliche Resultate, wie beim Erwerb durch Erbgang würden sich auch hinsichtlich der andern „übrigen Erwerbsarten" unter der Voraussetzung, daß Eigentumserwerb erst mit der Inskription einzutreten hätte, ergeben, wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß, selbst bei dieser Voraussetzung, wenigstens hinsichtlich der Adjudikation und Expropriation allen Schwierigkeiten durch entsprechende Bestimmungen des bezüglichen Verfahrens leicht vorgebeugt werden könnte und bezw. bereits vorgebeugt ist.

Allein wenn es sich auch hienach sowohl mit Rücksicht auf den alten Grundsatz der Gesetzespolitik, daß man singuläre Rechte nur im Falle absoluter Rechtsnotwendigkeit schaffen soll, da sie außerdem stets bei ihrer Isolierung d. i. loßgerissen von den großen Prinzipien des gemeinen Rechts im praktischen Rechtsleben Zweifel hervorrufen und Kontraversen[203]) erzeugen, als auch im Interesse der Wahrung wirklich vorhandener Rechtsbedüfnisse de lege ferenda nicht empfiehlt, bei den „übrigen Erwerbsarten" des Grundeigentums den Eintritt des Eigentumserwerbs erst an die Inskription zu knüpfen, so hat doch auf der andern Seite die Gesetzgebung mit aller Energie dafür Sorge zu tragen, daß durch dieses hienach außerhalb des Grundbuchs fortgesetzt entstehende Grundeigentum das Grundbuchsystem mit seinen unschätz-

---

[203]) Z. B. über die Fragen: wer trägt für die Zeit vom Erwerb des Titels bis zur Inskription die Gefahr? Gewährt der Titel wenigstens Schutz des Publizianischen Rechtsmittels ꝛc.?

baren Vorteilen für den Immobiliarverkehr und den Realkredit nicht erschüttert werde; sie hat also — mit andern Worten — die wichtige Aufgabe, dieses außerbücherliche[204]) Grundeigentum homogen in das Grundbuchssystem einzufügen.

b) Die Lösung dieses höchst bedeutungsvollen Problems ist nicht ohne Schwierigkeit, indes hat die Preuß. Gesetzgebung nach meinem Dafürhalten auch in diesem Punkte das Richtige getroffen, wenn auch die bezüglichen Kammerverhandlungen den Kern der Sache kaum gestreift und viele unklare und unrichtige Gedanken zu Tage gefördert haben.

Das Pr. Eig.E.G. bestimmt nemlich im unmittelbaren Anschlusse an den oben allegierten Passus des § 5, wornach außer den Fällen der freiwilligen Veräußerung Grundeigentum nach bisherigem Rechte erworben wird, weiter:

„Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks erlangt aber der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuch."

Dieser Satz betrifft keineswegs, wie vielseitig behauptet wird, bloß den Legitimationspunkt, indem es sich von selbst versteht, daß derjenige, welcher auflassen oder Hypothek bestellen will ꝛc., sich zuvor über sein Grundeigentum ausgewiesen haben muß, wenn er im Grundbuche noch nicht als Eigentümer vorgetragen ist.

Der Schwerpunkt dieses Satzes, dessen Redaktion allerdings zu wünschen übrig läßt, liegt vielmehr in der hiemit ausgesprochenen Maxime, daß der Nachweis des außerbücherlichen Eigentums vor

[204]) Ich wähle diesen Ausdruck der Kürze wegen, um im Gegensatze zu der freiwilligen Veräußerung die übrigen Eigentumserwerbsarten mit einem Worte zusammenzufassen, indem hiefür unsere Rechtssprache noch keine anerkannte technische Bezeichnung hat, möchte aber hiemit keineswegs die Idee des sogenannten Bucheigentums in der landläufigen Auffassung dieses Wortes vertreten haben, da das Grundbuchssystem kein besonderes Eigentum schafft, sondern nur eine Erwerbsart desselben modifiziert und eine besondere Art des Verlustes des Eigentums (durch Verschweigen am Recht) wieder einführt.

dem Grundbuchsamte zur Vornahme von Rechtshandlungen, auf welche die Wirkungen des (materiellen) Publizitätsprinzips Anwendung finden sollen, nicht genügt, sondern daß hiezu die thatsächlich erfolgte Einschreibung des außerbücherlichen Eigentums wesentlich erforderlich ist, daß also dieses Eigentum erst inskribiert sein muß, wenn die fraglichen Wirkungen Platz greifen sollen.

Und warum dies? Einfach aus dem Grunde, weil derjenige, welcher Grundeigentum oder eine Hypothek rc. erwerben will, erst durch die Inskription des Eigentums des Auktor einem Tabularstande gegenüber sich befindet, der es ermöglicht, seinem Erwerbe die Vorteile des Publizitätsprinzips zu gewähren.

Erst dann, wenn das Eigentum des Auktor eingeschrieben ist, kann man sagen, daß der (neue) Erwerber im Vertrauen auf das Grundbuch gehandelt hat, und kann sohin erst dann die Folgen des Publizitätsprinzips eintreten lassen, wornach der neue Erwerb — bona fides und Entgeltlichkeit vorausgesetzt — selbst in dem Falle zu Recht besteht, wenn der Auktor in Wirklichkeit nicht Eigentümer, also die vorbedingende Inskription nicht richtig war.

Auf diese Art sind meines Erachtens die Zwecke des Grundbuchsystems, den bona-fide-Verkehr zu schützen, auch gegenüber dem Dasein außerbücherlichen Grundeigentums in möglichst entsprechender Weise realisiert, und mit dem letzteren in das richtige Verhältnis gestellt, und es war daher ein Abfall vom Prinzipe, wenn das Preuß. R. — um die Grundbuchsführung zu vereinfachen — die bereits oben erwähnte exzeptionelle Bestimmung getroffen hat (§ 5 Abs. 2): „Miterben (nicht so der Alleinerbe) können jedoch ein ererbtes Grundstück auflassen, auch wenn sie nicht als Eigentümer desselben im Grundbuche eingetragen sind.“ Denn im Hinblick auf eine derartige Bestimmung muß man dem Erwerber, wenn sich z. B. das Erbrecht der auflassenden Miterben nachher als unrichtig erweist, wenigstens nach der Rechtskonsequenz, trotz seines guten Glaubens und trotz der z. B. erfolgten Zahlung des Kaufschillings, das Eigentum zu Gunsten der später auftau-

chenden wahren Erben abſprechen und kann alſo den Schutz des bona-fide-Verkehrs nicht verwirklichen, da man nicht ſagen kann, daß der Erwerber nach dem Tabularſtande die Miterben als Eigentümer der betreffenden Liegenſchaft anzuſehen berechtigt war, indem dieſelben ja im Grundbuche überhaupt gar nicht eingeſchrieben erſcheinen.

Über dieſes „außerbücherliche" Grundeigentum, hinſichtlich deſſen in der Rechtsliteratur und Praxis viel Unklarheit herrſcht, mögen weiter nachfolgende kurze Bemerkungen hier Platz finden.

Dasſelbe charakteriſiert ſich wegen der relativen Verpflichtung des Eigentümers zur Inſkription desſelben im Grundbuche (relatives Eintragungsprinzip, keineswegs, wie behauptet wurde, als eine geringere Gattung des Eigentums, welches allenfalls mit dem ſog. bonitariſchen Eigentum des Röm. R. — das ja ganz andere Vorausſetzungen und Wirkungen hat (ſ. hierüber § 6 dieſer Arbeit) — in Parallele geſtellt werden darf,[205]) ſondern iſt, wie das durch Auflaſſung entſtandene Eigentum, volles Eigentum, da der Begriff des Eigentums dadurch nicht alteriert wird, daß einzelne Ausübungen desſelben an beſtimmte Bedingungen geknüpft werden, welche gerade das Daſein des Eigentums vorausſetzen, wie es denn z. B. noch niemandem eingefallen iſt, deshalb, weil zur Beſtellung einer Hypothek zuvor Einſchreibung des Grundeigentums abſolut notwendig iſt, dieſes Eigentum als eine mindere Art desſelben zu bezeichnen und doch iſt die Hypothekbeſtellung nichts anders als Ausübung des Veräußerungsrechts, da der Gläubiger hiedurch das jus distrahendi erhält.

Ferner iſt durch die Zulaſſung des außerbücherlichen Grundeigentums keineswegs, wie vielfach betont wird, das Grundbuch-

[205]) Dies geſchieht z. B. von Unger in ſeinem Syſt. d. Öſt. Pr.-R. I S. 159 und in der a. öſterr. G.Z. Jahrg. 1868 Nr. 25, woſelbſt dieſer Autor bemerkt: „Bis zur erfolgten Umſchreibung iſt der Erbe nur bonitariſcher Eigentümer, durch die Eintragung wird er zum quiritariſchen Eigentümer." S. jedoch mit Recht hiegegen Strohal loc. c. S. 100 und ff.

system durchbrochen und auch nicht die Evidenterhaltung des Grundbuchs, soweit solche überhaupt in der Macht des Civilrechts gelegen ist, gefährdet. Denn einerseits realisiert das Grundbuchsystem seinen Zweck, den bona-fide-Verkehr zu schützen, wesentlich durch Präjudizien, die es unter gewissen Bedingungen an die Unterlassung der Inskription knüpft, (die moderne Auflage des Prinzips der Verschweigung am Rechte) und kann diesen Zweck in einem Kulturstaate, wie oben gezeigt, nur auf diese Weise, nicht aber prinzipiell durch Inskriptionszwang und dessen Korrelat, den Grundsatz der formellen Rechtskraft der Buchseinträge (s. oben Seite 121) verwirklichen. Andererseits aber ist vor der Inskription derjenige, welcher außerbücherlich Grundeigentum erworben hat, ebenso wie derjenige, welcher ein Grundstück z. B. erkauft hat, also erst durch Auflassung und Einschreibung zum Erwerb des Eigentums gelangen kann, in seinem Rechte durch Dispositionen des noch eingetragenen Eigentümers in gleicher Weise bedroht und ist daher, um sich vor Schaden zu bewahren, vom Gesetze sogar in noch strengerer Art als der letztere zum Betrieb der Inskription gemahnt, da für ihn mehr auf dem Spiele steht, indem er sich nicht wie der letztere z. B. durch Zurückbehaltung des Kaufschillings gegen Schaden schützen kann.[206])

---

[206]) Übrigens gebe man sich keiner Täuschung hin, das Civilrecht wird für sich allein, und mag es die Unterlassung der Inskription mit den schwersten Rechtsfolgen bedrohen, niemals im stande sein, eine solche Evidenz des Grundbuchs, wie sie gewünscht werden muß, herbeizuführen, da diese civilrechtlichen Präjudizien bei der unglaublichen Indolenz vieler Grundbesitzer nur allzu oft ihre Wirkung versagen und im zweiten Teile dann doch als grausame Härten empfunden werden. Zur Herstellung dieser Evidentstellung muß vielmehr die Mithilfe des öffentlichen Rechts in Anspruch genommen und z. B. bestimmt werden, daß alle jene Staatsorgane, welche Immobiliarverträge verlautbaren, verpflichtet sind, zugleich die zu den bezüglichen Einschreibungen im Grundbuche notwendigen Anträge aufzunehmen und sodann die Urkunden von Amtswegen bei Meidung eigener Haftung dem Grundbuchamte zum Vollzuge vorzulegen, daß weiter die gleiche Verbindlichkeit den mit der Abhandlung der Verlassenschaften betrauten Beamten, ferner den Subhastationsgerichten sowie in gewissen Fällen auch den

Endlich iſt durch dieſe Zulaſſung des außerbücherlichen Eigentums der Vorteil erreicht, daß für jene Fälle, in welchen eine Behörde z. B. wegen der Expropriation oder ein Gläubiger z. B. wegen der Subhaſtation zur Verwirklichung wohl begründeter Anſprüche das Recht, die Inſkription des außerbücherlichen Eigentums zu erzwingen, ſchlechterdings nicht entbehren kann, die Geſetzgebung in der Lage iſt, dieſes Recht ohne Anſtand gewähren zu können, während für ſolche Fälle die Geſetzgebung unter der Vorausſetzung, daß die „übrigen Erwerbsarten" nur Eigentumserwerbstitel bilden, ſchlechterdings, um dem inmitte liegenden unabweisbaren Rechtsbedürfniſſe zu genügen, beſtimmen müßte, daß derjenige, welcher einen ſolchen Titel beſitzt, zum Eigentumserwerb gezwungen werden könne — eine Anomalie, die wenigſtens im Gebiete des Civilrechts gewiß ein deutliches Symptom dafür wäre, daß man ſich auf einem Irrwege befinde.

c) Und nun komme ich zu einem Punkte, welcher beweiſt, welche bedenkliche Folgen in der Praxis eintreten können, wenn der Geſetzgeber über ein aufgeſtelltes Prinzip ſelbſt nicht recht im Klaren war, und welche Blüten zuweilen der Parlamentarismus zu Tage fördert. Man höre und denke nicht an die bekannten Zweifel Savigny's an dem Berufe unſerer Zeit zur Geſetzgebung.

Bei Beratung des oben erwähnten Rechtsſatzes [207]) — daß nemlich bei dem außerbücherlichen Grundeigentum das Recht der Auflaſſung und Belaſtung erſt durch die Inſkription des Eigentums erlangt werde, — in dem Pr. Herrenhauſe ging das

---

Verwaltungsbehörden obliege, und daß endlich den Grundſteuerbehörden unter beſtimmten Vorausſetzungen das Recht gebühre im öffentlichen Intereſſe die Inſkriptionen durch Strafgewalt zu erzwingen. Die Evidenthaltung des Grundbuchs liegt eben nicht bloß im Privatintereſſe einzelner Individuen, ſondern betrifft nicht ſelten das Wohl der Geſamtheit, weshalb ſich gegen die Einwirkung des öffentlichen Rechts in dieſer Frage vom rechtspolitiſchen Standpunkte aus nichts wird einwenden laſſen, und, ſoweit dieſer Geſichtspunkt zutrifft, auch von einer Bevormundung nicht wird die Rede ſein können.

[207]) S. Höinghaus loc. c. S. 85 und ff. Druckſachen des Herrenhauſes 1871—1872 Nr. 56 S. 2.

letztere von der Meinung aus, daß durch diesen Satz — das Prinzip der Konvaleszenz d. i. der sowohl im gemeinen Rechte als auch im Pr. Landrechte [208]) geltende Grundsatz aufgehoben werden würde, wonach das von einem Nichteigentümer eingeräumte Recht durch nachherigen Erwerb des Eigentums rechtswirksam wird, und fügte deshalb das Herrenhaus von der Erwägung ausgehend, daß infolge dieses Satzes z. B. der Adjudikatar, der zur Erlage des Meistgebots Geld brauche, vor der Inskription seines durch Adjudikation erworbenen Eigentums keine Hypothek hierauf mehr gültig bestellen könnte ꝛc. ꝛc., einen Zusatz bei des Inhalts, daß vielmehr trotz des allegierten Rechtssatzes die fragliche Konvaleszenz aufrecht erhalten bleiben solle.

Insoweit wäre nun nach dem alten Axiom „superflua non nocent" aus der parlamentarischen Beratung mindestens kein Nachteil erwachsen, obgleich es schon bedenklich genug war, daß der Reg.-Kommissär der erwähnten Auffassung des Herrenhauses nicht entgegen trat.

Allein nun gelangte die Sache an das Haus der Abgeordneten und dieses strich nicht nur den fraglichen Zusatz des Herrenhauses, sondern lehnte auch alle Anträge, welche ähnliche Zwecke [209]) verfolgten, mit großer Majorität ab, wobei unleugbar die Meinung vorherrschte, daß dem Grundbuchssysteme und der Evidentstellung des Grundbuchs im Verhältnisse zu dem außerbücherlichen Grundeigentum erst durch Aufhebung der fraglichen Konvaleszenz entsprechende Rechnung getragen werde! Diese in der That merkwürdige Verirrung in der Wahl der Mittel zur Durchführung des an sich so schätzenswerten Grundbuchsystems hat bittere Früchte getragen.

---

[208]) Puchta Pand. § 197.
Windscheid P. I § 230 Ziff. 3.
Preuß. Landr. I 20 §§ 16, 17, 406, 407.

[209]) Z. B. den Zusatz: „Die durch einen solchen (!) Eigentümer vor erfolgter Eintragung seines Eigentums erklärte Belastung wird so angesehen, als wenn sie im Augenblicke der Eintragung seines Eigentums erfolgt wäre."

Aus den angedeuteten legislatorischen Vorgängen folgert nemlich die herrschende Praxis in Preußen, daß insbesondere derjenige, welcher auf eine dieser „übrigen Erwerbsarten" Grundeigentum erlangt, vor der Inskription seines Eigentums überhaupt keine Hypothek bestellen könne, daß eine derartige Hyp.-Bestellung absolut nichtig sei und durch die nachfolgende Intabulierung des Eigentums nicht gültig werde, so daß z. B. der Adjudikatar in der notwendigen Subhastation erst nach der Zahlung des Meistgebots, welche die Inskription des Eigentums bedingt (s. hierüber unten), und nach dieser Inskription Hypothek auf der adjudizierten Liegenschaft bestellen kann.

Sie folgert aber aus diesen Gesetzesmaterialien noch weiter — und dies verursacht noch viel größere Inkonvenienzen —, daß die gleiche Regel auch hinsichtlich der Fälle der freiwilligen Veräußerung gelten müsse, so daß auch vor der Auflassung überhaupt keine Hypothek bestellt werden könne und also z. B. die in der Kaufsurkunde zur Sicherung des Kaufschillings eingeräumte Hypothek durchaus wertlos sei[210]) und durch die Auflassung und Einschreibung des Eigentümers keine Rechtswirksamkeit erlange, wobei sie sich zugleich auch auf § 19 des E.E.Ges. stützt, lautend: „Der Eintrag (der Hypothek und der Grundschuld) erfolgt, wenn der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer sie bewilligt."

Obgleich diese Ansicht der wie gesagt zur Zeit herrschenden Praxis in Preußen[211]) irrig sein dürfte, indem solche wenigstens in dem Texte des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden hat, dies aber doch bei einer für das praktische Rechtsleben so wichtigen Änderung des gemeinen Rechts, wie solche die Aufhebung der fr. Konvaleszenz wäre, mit Recht erwartet werden müßte, wenn

[210]) S. Förster, Pr. Grundbuchrecht S. 159.

[211]) Entsch. des Pr. Ob.Trib. Bd. 76 S. 125 und Bd. 79 S. 13. Für diese Praxis erklären sich z. B. Turnau, G.B.O. Bd. I S. 260, Bahlmann, Pr. Grdb.R. S. 37. Gegen dieselbe sprechen sich aus: Dernburg, Pr. Pr.R. Bd. I S. 783, Dernb. u. Hinrichs Pr. Hyp.R. Bd. I S. 266 u. ff., Achilles, E.G. §§ 5 und 13 S. 92 und 143.

wirklich alle Faktoren der Gesetzgebung damit einverstanden gewesen wären, und obgleich weiter dieser Ansicht der Praxis nun auch sehr gewichtige Autoritäten entgegengetreten sind, so läßt sich auf der andern Seite nicht verkennen, daß das Vorgehen der Praxis doch nicht ohne erheblichen juristischen Rückhalt ist, indem man bei den Beratungen des Gesetzes über die Bedeutung des relativen Eintragungsprinzips offenbar, wie bereits erwähnt, überhaupt zu keiner rechten Klarheit gelangte und überdies wirklich die Mitglieder des Abgeordnetenhauses in ihrer Majorität der Meinung gewesen zu sein scheinen, daß eine Kongruenz des Tabularstandes des Grundbuchs mit den jeweiligen materiellen Rechtsverhältnissen ohne Aufhebung der fr. Konvaleszenz nicht erreichbar sei.

Mag man indes über die hiernach immerhin in Mitte liegende Kontroverse, deren Dasein schon bei der Wichtigkeit der Sache eine wahre Kalamität ist, denken wie man will, als Resultat bleibt immer stehen, daß durch die erwähnte Praxis sehr beachtenswerten Rechtsbedürfnissen nicht Rechnung getragen ist und statt der angestrebten Vereinfachung der Beurkundungen im Gebiete des Immobiliarsachenrechts eine ganz unnatürliche und allem Zusammenhange der Rechtsgeschäfte spottende Vervielfältigung dieser Beurkundungen erzeugt erscheint, während in Wirklichkeit durch solche Strenge der angeführte Zweck derselben nicht einmal wesentlich befördert wird, da gerade derjenige, welcher Kapital gegen Hypothek aufzunehmen veranlaßt ist, schon ohnedies hinlänglich genötigt ist, die Einschreibung seines Eigentums im Grundbuche zu betreiben und hierzu nicht eines weiteren gesetzlichen Pressionsmittels bedarf, welches überdies die beabsichtigte Kreditoperation — und das ist eben die bedenklichste Folge dieser Strenge — unendlich erschwert und in einzelnen Fällen geradezu unmöglich macht.

Um die Konsequenzen dieser „Praxis“ [212]) vor Augen zu

---

[212]) Diese Praxis hat in der neuesten Zeit eine besondere Sanktion und deren Grundlage gewissermaßen eine Art authentischer Interpretation

stellen, möge folgendes einfache Beispiel hier Platz finden, welches zugleich ein helles Streiflicht auf die mißliche Gestaltung der Preuß. Auflassung werfen dürfte:

Es wird von A eine Mehrheit von Grundstücken, welche in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken gelegen sind, was in der Praxis besonders hinsichtlich der Liegenschaften in Orten, deren Fluren an die Grenzen eines anderen Amtsbezirks anstoßen, tagtäglich vorkommt, an den B um Einen Preis verkauft, ohne daß diese Grundstücke im Zubehörverhältnis zu einem Hauptgute im Sinne des § 5 der Preuß. G.O. stehen, und es soll für den Kaufpreis oder einen Teil desselben Hypothek auf den sämtlichen Kaufsobjekten bestellt werden.

Dieses ganze Rechtsgeschäft würde sich nun nach Bayerischem Rechte (und zwar auch nach dem bereits erwähnten Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für Bayern vom Jahre 1864, welcher das Grundbuchsystem in sehr ausgedehnter Weise adoptiert hat, Art. 149 u. 150) in folgender höchst einfacher Art abwickeln: Die Parteien verfügen sich zu dem Notar ihres Vertrauens, lassen den Vertrag mit allen Nebenbestimmungen nach ihren Intentionen

in den Motiven zu den bereits erwähnten Gesetzentwürfen, die Einführung des Grundbuchsystems in Elsaß-Lothringen betreffend erhalten, woselbst S. 164 ausdrücklich betont wird, daß die Vorschrift, wonach der (außerbücherliche) Eigentümer das Recht der Auflassung und Belastung erst durch die Inskription seines Eigentums erlangt, „dahin aufzufassen ist, daß eine vor der Eintragung (des Eigentums) abgegebene Bewilligung (der Auflassung, einer Hypothek ꝛc.) nicht dadurch gültig und wirksam wird, daß der Bewilligende in der Folge als Eigentümer eingetragen wird.“ Noch schärfer ist dieser Gedanke in dem, übrigens eleganten, französischen Text dieser Motive ausgedrückt per verba: „Ces prescriptions sont conçues et doivent être entendues, en ce sens qu'un consentement donné avant l'inscription du consentant comme propriétaire ne devient pas valable et efficace par l'inscription ultérieure.“ Und Seite 223 hinsichtlich der Hypothekbestellung insbesondere: „La prescription d'après laquelle l'inscription du consentant comme propriétaire doit être faite au plus tard au moment où le consentement est donné, exclut purement et simplement tout consentement antérieur, à donner pr. ex. en vue de l'inscription future du consentant.“

verlautbaren, worauf der Notar sofort den Vertrag, welcher zugleich die Hypothekbestellung (wofür in solchen Fällen weder Staats- noch Notariatsgebühren zu entrichten sind) sowie die Anträge (Konsenzprinzip) auf Umschreibung des Eigentums und auf Eintrag der Hypothek enthält, den zuständigen Hypothekenämtern zur Vornahme der beantragten Einschreibungen vorzulegen hat.

Auf Grund dieser Urkunde werden sodann von den Hypothekenämtern die besagten Einschreibungen vollzogen, worauf die Urkunde mit dem Vermerk des Vollzugs versehen dem Notar zurückgegeben und von letzterem für die Parteien ausgefertigt wird.

Ein ganz anderes Bild entrollt sich hinsichtlich der Ausführung dieses Rechtsgeschäfts nach Preußischem Rechte.

Hier haben die Parteien zunächst wegen der Auflassung einen je nach Umständen mehr oder weniger ausgedehnten Rundgang anzutreten und bei jedem einzelnen (zuständigen) Grundbuchamte, in dessen Bezirk eines der Kaufsobjekte gelegen ist, nach vorher erbetenem Termine Auflassungserklärungen abzugeben.

Erst hierauf kann, sofern überall die Parteien vollzählig erschienen sind (nachträgliche Genehmigung ist ausgeschlossen) und nirgends eine Abweisung des Auflassungsgesuches, welches nur unter Voraussetzung des sofortigen glatten Vollzugs angenommen werden darf, erfolgt ist, die Hypothek auf sämtlichen Objekten bestellt werden.

Allein, wenn der Käufer sicher gehen will, so muß er sich sofort mit der jeweiligen Auflassungserklärung bei jedem einzelnen Grundbuchamte auf den in dessen Bezirk gelegenen Objekten überall die Hypothek bestellen lassen, indem er außerdem Gefahr läuft, daß durch Beschlagnahme oder anderweitige Hypothekbestellungen auf der aufgelassenen Parzelle, welche bis zur Auflassungserklärung bei den übrigen Grundbuchämtern eintreten könnten, die Sicherung seines Kaufschillings vereitelt werden würde.

Es sind also in dem erörterten Falle, selbst wenn es sich nur um die Veräußerung hinsichtlich solcher Grundstücke, die in zwei Grundbuchamtsbezirken gelegen sind, handelt, zwei Auf-

lassungserklärungen und zwei Hypothekbestellungen, also mindestens vier Urkunden aufzunehmen bezw. (die Hypothekbestellungen) zu beglaubigen und trotz aller dieser Weitläufigkeiten, die natürlich auch Kosten verursachen, haben die Parteien doch immer noch keine öffentliche Urkunde über den Kaufsakt selbst, welcher doch den Schwerpunkt und die Einheit des ganzen Geschäfts darstellt, in Handen, wenn sie solche sich nicht auch noch extra fertigen lassen und bezahlen wollen.[213])

---

[213]) Ich ermangle nicht, bei dieser Gelegenheit auch den Postulaten des Notariats hinsichtlich des Grundbuchwesens Ausdruck zu geben: Müssen die oben dargelegten Konsequenzen einer nicht glücklichen Gestaltung des im praktischen Leben wichtigsten Teils des Grundbuchwesens die Parteien nicht geradezu mit Notwendigkeit in die Hände der Kommissionäre liefern? Und werden diese die Rechtsgeschäfte loyaler oder auch nur billiger besorgen als ein Notariat, dessen Mitglieder die Vorbedingungen des Richteramts neben spezieller Praxis vor Ausübung ihres Berufes erfüllt haben müssen und daher sich freilich zu der rein mechanischen Arbeit der Erklärungen von Auflassungen in der überdies für sie nicht passenden Stellung von Parteivertretern sehr wenig eignen? Gerade das Grundbuchwesen kann durch die Amtsgerichte allein nicht durchgeführt werden; man benötigt hierzu und zwar in sehr ausgedehntem Maße die Mitwirkung der Notare, wenn man nicht die Staatsbudgets durch sehr bedeutende Vermehrung des Personals der Grundbuchämter bedenklich belasten will, ganz abgesehen davon, daß die Beurkundung eines großen Teils der in Frage kommenden Rechtsgeschäfte doch wohl besser in die Hände von erfahrenen, mit den Personal- und Ortsverhältnissen vertrauten Beamten gelegt wird, als in jene von meistenteils jugendlichen Amtsrichtern, die naturgemäß immer bestrebt bleiben werden, von der Besorgung des Grundbuchwesens, das wenig Befriedigung gewährt, dagegen umsomehr Haftungen auferlegt, sobald als möglich wieder befreit zu werden.

Wenn nun dieser Satz aber wahr ist, — und wer möchte hieran zweifeln? — so gönne man auch dem Publikum die volle Wohlthat eines selbständigen Notariats und gestalte die gedachte Mitwirkung desselben derart, daß die Notare in koordinierter Weise mit den Grundbuchämtern an der Durchführung des Grundbuchwesens mitzuarbeiten berufen werden, und sich nicht bloß als Lückenbüßer darstellen, die überdies von den Kommissionären bei deren viel geringerer Verantwortlichkeit und Haftung (und ohne Zweifel auch minderer Skrupulosität) mit Leichtigkeit an die Wand gedrückt werden können.

Es scheint mir sachgemäß, an diese Erörterung nochmals eine kurze Bemerkung de lege ferenda anzureihen. Sollten nämlich die geschilderten Rechtszustände nicht auch ein Beweis dafür sein, daß der in der gemeinrechtlichen Theorie seit Savigny aufgestellte und in der Preuß. Auflassung reproduzierte Satz, wonach der Akt der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden (Tradition) ein abstrakter dinglicher Vertrag sein soll, ganz abgesehen davon, daß er als solcher jedenfalls weder in Deutschland noch in Frankreich oder meines Wissens sonst irgendwo und am allerwenigsten in Preußen — wo in dem allgem. Landrecht das nationale Recht im Verhältnis zu anderen Landrechten noch am meisten berücksichtigt und die Theorie vom titulus und modus bekanntlich sogar viel zu weitgehend entwickelt wurde — rezipiert

---

Erst dann kann man mit Recht für die Ausübung des Notariats die erwähnte akademische Vorbildung fordern, erst dann die Notare mit Recht einer strammen Disziplin und ausgedehnten Haftung unterwerfen, also — mit kurzen Worten — ein gutes Notariat schaffen, wie es dieses bedeutsame zeitgemäße Kulturinstitut nach eigentlich unbestrittener allgemeiner Ansicht ohne Zweifel verdient. Dieser Gesichtspunkt sollte aber schon bei der Schöpfung des neuen Civilrechts, insbesondere des Grundbuchrechtes im Auge behalten und berücksichtigt werden. Außerdem besteht große Gefahr, daß man bald wieder wie zu den Zeiten des alten Deutschen Reichs ein Notariat vor Augen bekommt, das nur ein kümmerliches Dasein fristen und naturnotwendig mit dem mehr ausbleibenden Zuwachse an besseren juristischen Kräften nach und nach in schmählicher Weise zu Grunde gehen würde. Ein gut organisiertes Notariat wäre dagegen insbesondere auch ein gewaltiger Stützpunkt für die Einführung und Entwicklung des neuen Civilrechts, da kein anderer Beruf in dem Maße wie ein mit den notwendigen Attributen ausgestattetes Notariat in der Lage ist, die civilrechtlichen Grundsätze in die breiten Schichten des Volks zu tragen und das Gesetzbuch so volkstümlich zu machen, wie dies thatsächlich hinsichtlich des Code Nap. trotz all seiner Schwächen der Fall ist. Dieses Institut, gut organisiert, würde auch Lücken und Kontroversen, die bei dem besten neuen Gesetze nicht ausbleiben können, nach Möglichkeit ausgleichen und denselben durch Aufnahme von entsprechenden Vereinbarungen der Parteien begegnen.

Man denke sich nur z. B. die Bestimmungen des Code Nap. über das eheliche Güterrecht oder über das Hypothekenwesen ohne die Thätigkeit des französischen und linksrheinischen Notariats.

worden ist (s. hierüber § 7 dieser Abhandlung, besonders S. 44), unter allen Umständen wenigstens für das Grundbuchwesen d. i. das moderne Immobiliarsachenrecht nicht paßt? Und wäre es infolgedessen nicht viel zweckmäßiger und der organischen Fortentwicklung unseres vaterländischen Rechts nicht viel mehr entsprechend, wenn man wenigstens im Gebiete des Immobiliarsachenrechts für die Fälle der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden den Gedanken zum Ausdruck bringen würde, daß der Eigentumsübertragungsakt als wesentliche Bestandteile zu umfassen habe:

α) ein materielles Rechtsgeschäft (in der Regel obligatorischen Vertrag), das allein volle Klarheit über die Bedingungen und Modalitäten, unter welchen nach beiderseitigem Willen das Eigentum übergehen soll, zu verschaffen vermag, und — an der Stelle der körperlichen oder symbolischen Tradition —

β) die Bewilligung der Umschreibung im Grundbuche (Konsenzprinzip in diesem Sinne) mit der hierauf folgenden amtlichen Inskription.

Das ganze Grundbuchsystem würde meines Erachtens hierbei wesentlich an Klarheit besonders hinsichtlich der Frage über Anfechtung der Bucheinträge (s. hierüber oben S. 122 u. f.) gewinnen, ohne die geringste Schwächung zu erfahren, da man einerseits das Prinzip der sog. formellen Rechtskraft der Bucheinträge (s. oben S. 121) doch überhaupt nicht adoptieren kann, andererseits aber der Schutz, welcher dem im Vertrauen auf das Grundbuch erfolgten gutgläubigen entgeltlichen Erwerb (des Dritten) gewährt werden will, durch den fraglichen Grundsatz nicht im entferntesten erschüttert werden würde.

Übrigens würde es auch bei dieser Gestaltung der Auflassungstheorie wie bereits erwähnt zwar sehr praktisch und konsequent, aber nicht absolut notwendig sein, die Gültigkeit des materiellen Rechtsgeschäftes in allen Beziehungen an die öffentliche Fertigung zu knüpfen, vielmehr könnte man dem materiellen Rechtsgeschäfte schon als Privatakt immerhin die Bedeutung einer

Punktation (Vorvertrag)[214]) mit der Wirkung beimessen, daß auf Vollzug der öffentlichen Verlautbarung mit Auflassungserklärung geklagt werden könnte.[215]) Soll aber sodann dieses Geschäft volle Rechtswirksamkeit und insbesondere dinglichen Effekt, also Eigentumsübertragung erzeugen, so muß die Erzielung dieser Wirkungen, wenn anders das materielle Publizitätsprinzip mit seinen intensiven Folgen rechtspolitisch gerechtfertigt sein soll, nach meinem Dafürhalten an Vorbedingungen, welche genügende Garantien für das Dasein eines reifen, wohlüberlegten Vertragswillens gewähren, geknüpft und vorgeschrieben werden, daß hierzu öffentliche Beurkundung des materiellen Rechtsgeschäftes mit angefügter Auflassungserklärung und die sich hieran schließende Inskription im Grundbuche erforderlich sei.

---

[214]) Windscheid Pandekten II. § 310.

[215]) Ich betone übrigens wiederholt, daß ich die Zulassung solcher Punktationsakte keineswegs für zweckmäßig und wünschenswert erachte, da dieselben sehr häufig Streitigkeiten veranlassen und den Richter sodann vor die Lösung sehr schwieriger Aufgaben stellen, indem derselbe hauptsächlich darüber entscheiden soll, ob der Vertrag, bezüglich dessen Einigkeit in den Hauptpunkten bestund, aber nun Uneinigkeit über Nebenpunkte eingetreten ist, nach der wahren Intention der Parteien überhaupt noch aufrechterhalten werden kann.

Es wird daher zur Vermeidung von solchen Prozessen und überhaupt im Interesse der Rechtssicherheit viel sachgemäßer sein, wenn man sich wie in Bayern dazu entschließt, schon den obligatorischen Vertrag hinsichtlich seiner Gültigkeiten an die öffentliche Fertigung zu binden. Es ist diese Bedingung durch Art. 219 des Bayer. Ausf.Ges. zur R.C.P.O. vom 23. Februar 1879 auch auf die Rheinpfalz, also auf ein unter die Herrschaft des Code Nap. stehendes Rechtsgebiet ausgedehnt worden, ohne daß man bisher irgend welche Klagen hierüber gehört hätte, obgleich mit dieser Neuerung nicht einmal die Einführung des deutschen Grundbuch- und Hypothekensystems verknüpft war, welche ohne Zweifel den Realkredit in der Rheinpfalz ganz bedeutend heben und den Zinsfuß dort auf das rechtsrheinische Niveau ermäßigen würde. Meiner Ansicht nach wäre es übrigens, wie ich hier unter Vorbehalt besonderer Ausführung an einem anderen Orte nur nebenbei bemerkt haben möchte, dringend geboten, dieses System dort durch ein Bayer. Spezialgesetz sobald als möglich einzuführen, da eine Verschiebung

Diese rechtliche Gestaltung der Eigentumsübertragung in den Fällen der freiwilligen Veräußerungen unter Lebenden würde, wie bereits mehrfach hervorgehoben, der altdeutschen Auflassung in ihrem wahren Wesen und Kern und nicht minder dem bis in die neueste Zeit wenigstens außerordentlich vorwiegend gewesenen thatsächlichen grundbücherlichen Rechtszustande in Deutschlande entsprechen, und würde endlich — und das ist und bleibt eine Hauptsache — von dem Publikum sofort verstanden und, als an die bisherigen Gewohnheiten sich anschließend, auch ohne Zweifel sympathisch aufgenommen werden.

Ich gehe nun nach dieser Exkursion über zu einer kurzen Beleuchtung der

3) **Hauptfälle** des Grundeigentumerwerbs **ohne Eintragung** insbesondere.

a) Der Grundeigentumerwerb durch Erbschaft und Vermächtnis (resp. sonstige Singularrechtsnachfolge im Erbwege).

Damit jener Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten, den man Vermögen nennt und welcher in seiner Einheit notwendig eine denselben zusammenhaltende Persönlichkeit voraussetzt, mit dem Tode der letzteren nicht auseinander fällt, haben die meisten neueren Gesetzgebungen im Anschluß an das R. R. mit gutem Grunde das Prinzip aufgestellt, daß das Vermögen als Ganzes auf den neuen Erwerber oder, wenn es mehrere Erwerber sind, nach Quoten, die notwendig ein Ganzes voraussetzen, auf dieselben übergeht (Universalsuccession), so daß insbesondere derjenige, welcher durch Testament, Vertrag oder Gesetz zur Erbschaft berufen wird, mit dem Erwerb der Erbschaft sofort die zum aktiven Vermögen gehörigen Wertgegenstände, also auch das Eigentum an dem Grundbesitze des Erblassers (ohne Tradition), „per universitatem" erwirbt, wobei es gleichgültig ist, ob der Erwerb der Erbschaft sofort mit dem An-

---

dieser Einführung bis zur Wirksamkeit des R.C.G.B. aus wirtschaftlichen Gründen nach meinem Dafürhalten nicht gerechtfertigt sein dürfte.

fall der Erbschaft (Delation) ipso jure wie nach R. R. für die sui des Erblassers und nach Preuß. Landr. allgemein (mit der Befugnis nachträglicher Ablehnung) eintritt oder, wie nach R. R. für die heredes voluntarii und nach den meisten neueren Gesetzen (außer der Preuß. und Züricher Gesetzgebung, letztere nur für die gesetzlichen Erben) allgemein durch eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung des zur Erbschaft Berufenen bedingt ist.[216]) Würde man nun hinsichtlich des Grundbesitzes eine Ausnahme von diesem Fundamentalsatze des Erbrechts statuieren und also bestimmen, daß der erbschaftliche Grundbesitz nicht schon durch den Erwerb der Erbschaft, sondern erst durch die Umschreibung im Grundbuche auf den Namen des Erben zu Eigentum erworben werde, so würde es sehr schwierig sein, die Natur des Rechts des Erben hinsichtlich der Immobiliarerbmasse für die Zeit vom Erbschaftsantritt bis zur Inskription, die sich bekanntlich nicht selten z. B. wegen mangelnder Evidenz des Grundbuchs verzögert, rechtlich festzustellen; denn einerseits könnte man diesem Rechte doch nicht wohl bloß obligatorischen Charakter beimessen, da hiemit, ganz abgesehen von dieser etwas künstlichen Konstruktion des bezüglichen Thatbestands, der materielle Anspruch der Erben keineswegs genügend geschätzt werden würde, andererseits aber wäre auch der Erbe, obgleich ferner die ohnedies nur sehr beengte Rechtspersönlichkeit der hereditas jacens durch den Erbschaftsantritt zu existieren aufgehört hätte, noch kein Eigentümer, so daß für die kritische Periode niemand Eigentümer wäre; man müßte also dem Erben, um seinen ihm doch wenigstens materiell zugehörigen Anspruch zu schützen, etwa die Rechte eines

---

216) Pr. Landr. I. Tit 9 §§ 367 ff.
Züricher Ges.B. §§ 1986, 2082 u. 2123.
Dagegen
Österr. B.G.B. §§ 797 ff.
Sächs. G.B. § 2250.
Code civ. art. 774 ff.
S. hier Dr. Mommsen Entwurf eines Gesetzes über das Dtsche. Erbr. S. 283 ff.

bonitarischen (prätorischen) Eigentümers einräumen und damit wieder eine doppelte Art des Eigentums neu einführen, welche sich im R. R. durch dessen historische (durch den Prätor vermittelte) Entwicklung wenigstens erklärt, allein schon im Just. Rechte der Hauptsache nach überwunden war und sich ohne Zweifel für die Gesetzgebung unserer Zeit nicht mehr zu einer künstlichen Wiederbelebung eignet. Übrigens wäre auch hiermit der Erbe, wie ich oben durch Beispiele dargethan zu haben glaube, nicht einmal in seinen Rechten (gegen einen als dominus eingetragenen Dritten) genügend geschützt.

Es geschah daher mit vollem Rechte, wenn die Preuß. Gesetzgebung den Erwerb des Grundeigentums durch Erbschaft nicht an die Inskription knüpfte,[217]) und in § 51 der Gd.O. einfach weiter anordnet, daß die Eintragung des Eigentums hinsichtlich der gesetzlichen Erben die Vorlage einer „Erbbescheinigung des zuständigen Richters", hinsichtlich der Testaments- und Vertragserben aber die Vorlage der betreffenden letztwilligen Verfügung „mit der Niederlegungs- und Verkündigungsverhandlung" erfordert.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Erwerb des Grundeigentums durch Vermächtnis.

Zwar könnte man nach dem Beispiele des Österr. b. G.B. (§ 684) und des Züricher G.B. (§ 2088) bestimmen, daß der

---

[217]) Selbst der Bayerische Entwurf eines bürgerl. G.B., welcher prinzipiell den Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an Liegenschaften von der Einschreibung im Grundbuche in viel weiterem Umfange als das Preuß. Recht abhängig macht, statuiert für den Erwerb durch Erbschaft eine Ausnahme von diesem Prinzip und bestimmt in Art. 57:

„Die zu einer Erbschaft gehörigen Rechte an Liegenschaften gehen auf den Erben mit dem Erwerbe der Erbschaft über", überschreitet aber meines Erachtens die dem Grundbuchsysteme im Interesse der Rechtsbedürfnisse gesteckten Schranken nicht unerheblich, wenn es weiter in demselben Artikel ausspricht, daß der Erbe jedoch erst dann die fraglichen Rechte (Eigentumsrechte) „gegen Dritte geltend machen kann, wenn er die Eintragung seiner Berechtigung in das Grundbuch bewirkt hat", indem der Erbe, wie oben gezeigt, nicht selten ja gerade vor dieser Inskription die Vindikation, um zu seinem Rechte zu gelangen, nicht entbehren kann.

Erwerb des Vermächtnisses (zu unterscheiden von dem Erwerb des vermachten Rechts selbst), der bekanntlich nach dem R. R. und der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen (Pr. Landr. I. Tit. 12 § 288. Sächs. G.B. § 2426. Code civ. art. 1014) ipso jure ohne formelle Annahme, jedoch mit dem Rechte der nachträglichen Ausschlagung, eintritt, stets nur ein Forderungsrecht des Legatars gegen den Erben begründe, indem sich mit dem Fundamentalsatz des Erbrechtes, daß das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergehe, nur ein durch den Erben vermittelter Übergang erbschaftlicher Rechte auf den Vermächtnisnehmer vereinigen lasse. Es würde sich aus diesem Rechtssatze als Konsequenz für das Grundbuchsystem die Notwendigkeit einer speziellen Art Auflassung, die zwischen dem Erben und Legatar vorzunehmen wäre, ergeben,[218]) durch welche erst der Legatar Eigentum erwerben würde.[219])

Allein wie schon das R. R. mit seinem stets auf das praktische Rechtsleben gerichteten Sinne, haben auch die neueren Gesetzgebungen in ihrer Mehrzahl (Pr. Landr. I. Tit. 12 § 288, Sächs. G.B. § 2451, Code civ. art. 1014) bestimmt, daß der Legatar sofort mit dem Erwerb des Vermächtnisses d. i. unmittelbar auch das ihm vermachte dingliche Recht, also insbesondere Eigentum (unter gewissen Beschränkungen s. unten) erwerbe und haben ihm also sofort wenigstens die Vindikation zugestanden (Vindikationslegat).

Es ist unleugbar, daß diese Bestimmung die Rechtskonsequenz nicht für sich hat, allein sie ist im Interesse des materiellen Rechts geboten, da z. B. außerdem der Legatar gegen den Erben, der die Erbschaft erworben und mit seinem Vermögen bereits

---

[218]) S. hierüber Strohal loc. c. S. 107.

[219]) Eine solche besondere Auflassung ist übrigens stets dann notwendig, wenn der Erblasser den dinglichen Erwerb ausgeschlossen und dem Legatar nur eine persönliche Forderung auf Erwerb eingeräumt hat.

S. Windscheid Pandekt. III. § 646.

Bahlmann loc. c. Seite 247 Note 112.

vereinigt hat, im Falle eines Konkurses desselben[220]) oder für den Fall als der Erbe die legierte Liegenschaft an einen Dritten aufläßt, selbst wenn der Letztere Kenntnis von der Legatseigenschaft der Sache hätte, nur eine Ersatzforderung geltend machen, das ist sehr häufig um sein Legat beziehungsweise dessen Wert gebracht werden könnte.[221])

Also auch den Grundeigentumserwerb durch Legat hat die Pr. Gesetzgebung mit Recht nicht von der Inskription abhängig gemacht, und bestimmt dieselbe weiter über diesen Punkt nur in der Gr.O. § 53: „Vermächtnisnehmer müssen die Einwilligung der Erben in die Eintragung des Eigentums in beglaubigter Form oder das die Erben zur Erteilung der Einwilligung verurteilende rechtskräftige Erkenntnis beibringen." Diese Zustimmung der Erben hat selbstverständlich nicht die Natur und Bedeutung einer Auflassung, sondern ist deshalb notwendig, weil der Legatserwerb immerhin kein ganz unbedingter ist d. i. stets in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu der Universalsuccession steht und z. B. wie erwähnt nicht eintritt, wenn die Erbmasse überschuldet ist oder nur teilweise eintritt, wenn das Recht des Erben auf die Falcidische Quart verletzt ist, oder mit einer Kautionsleistung verbunden ist, wenn dem Vermächtnis eine auflösende Bedingung beigefügt ist.[222])

---

[220]) Ganz anders wäre das Resultat natürlich im Falle des Konkurses der Erbmasse, da die Gläubiger derselben den Vorzug vor den Legataren haben, woraus sich allerdings ergibt, daß der Gedanke des unmittelbaren Erwerbs des Eigentums durch Legat nicht nach allen Richtungen hin unbedingt durchgeführt ist und in diesem Umfange auch nicht durchgeführt werden kann.

Conf. §. 43 und 202 der R.K.O. und Windsch. Pand. III §. 607.

[221]) Wenn Dr. Momsen gleichwohl in dem mehr angeführten Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht, welche Arbeit übrigens eine wahre Perle der juristischen Literatur ist, den unmittelbaren dinglichen Rechtserwerb durch Legat (§ 383 und Motive S. 389 ff.) mit den Worten: „ein unmittelbarer Erwerb des vermachten Rechts tritt nicht ein" verwirft, so dürfte ihn zu diesem Vorschlage mehr die theoretische Konsequenz als die Berücksichtigung der Bedürfnisse des praktischen Rechtslebens veranlaßt haben.

[222]) Auch fällt bekanntlich ein bedingtes (Suspensivbedingung)

b) Grundeigentumserwerb durch die eheliche Gütergemeinschaft.

Das R. R. (in seiner rezipierten Gestaltung) hat den Gedanken, das Vermögen als eine seinen Teilen gegenüber selbständig bestehende Einheit, als Ganzes hinsichtlich des Übergangs auf andere zu betrachten, nur im Erbrecht zum Ausdrucke gebracht, während im übrigen das Vermögen hinsichtlich dieses Übergangs im R. R. nur als ein Aggregat, als die Summa von einzelnen Vermögensbestandteilen aufgefaßt ist, so daß der Erwerb und Verlust sich stets nach der speziellen Natur der konkreten Vermögensobjekte bemißt. Es wird daher, selbst wenn ein ganzes Vermögen zur dos bestellt ist, oder eine Schankung auf das ganze Vermögen des Schenkers geht, keine Universalsuccession begründet, sondern es hat in diesen Fällen hinsichtlich der Aktiva immer erst noch dasjenige zu geschehen, was nach der Natur der einzelnen Vermögensbestandteile deren Übergang herbeiführt; und was die Passiva betrifft, die auf einem solchen Gesamtvermögen ruhen, so wird der Acceptant des Dotal- resp. Schankungsversprechens dem Dritten gegenüber Schuldner nur unter der Voraussetzung einer ausdrücklichen speziellen Übernahme der Passiva, während er außerdem nur dem Promittenten für Entlastung desselben haftet.[223])

Das Deutsche Recht hat dagegen in dem germanischen Institute der ehelichen Gütergemeinschaft diese Grundsätze des R. R. modifiziert und bestimmt, daß jene Vermögensgemeinschaft (Eigentumsgemeinschaft), welche man Gütergemeinschaft nennt, sofort ipso jure durch Gesetz (Statut) oder Vertrag unter Voraussetzung einer gültigen Ehe eintritt, ohne daß hinsichtlich der Aktiva ein spezieller Übertragungsakt, also z. B. bei Immobilien eine Auflassung, bei Mobilien eine Tradition, bei Forderungen

Vermächtnis erst mit dem Eintritt der Bedingung an und wird ein befristetes Vermächtnis erst mit dem Eintritt des bezeichneten Zeitpunktes erworben, weshalb auch aus diesen Gründen die Einvernahme des Erben bezüglich der Umschreibung des legierten Grundbesitzes geboten erscheint.

[223]) Windscheid Pandekt. I. § 42 II. § 494 und 368.

eine Zession, und hinsichtlich der Passiva ein besonderer Interzessionsakt erforderlich wäre.[224])

Es ist meines Erachtens keine ausreichende Ursache vorhanden, von diesem Prinzip für das Grundbuchsystem eine Ausnahme zu machen, und mit Recht hat daher die Preuß. Gesetzgebung den Grundeigentumserwerb durch Gütergemeinschaft nicht an die Inskription geknüpft;[225]) übrigens äußert das Grundbuchsystem selbstverständlich auch auf die eheliche Gütergemeinschaft durch die Wirkungen des materiellen Publizitätsprinzips einen erheblichen Einfluß, wobei für die Zukunft von Wichtigkeit sein wird, ob die sogenannte Verwaltungsgemeinschaft oder die allgemeine Gütergemeinschaft als prinzipales Güterrechtssystem von dem R.C.G.B. adoptiert werden wird.

Die Erörterung dieser Frage würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit weit überschreiten, und es mag daher nur noch über diese Materie der § 50 der Preuß. G.O. eine Stelle finden, weil dessen Inhalt ein Abgehen von dem Konsensprinzipe (im weiteren Sinne des Wortes) offenbart, also lautend:

„Wo Gütergemeinschaft unter Eheleuten gilt,[226]) ist dieses Rechtsverhältnis auch auf den Antrag eines Ehegatten im Grundbuche vorzumerken.

Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft ist das Miteigentum der Kinder auf den Antrag des überlebenden Ehegatten, der Kinder oder deren gesetzlichen Vertreter einzutragen.“ [227])

Ich stehe nicht an, diese Modifikation des Konsensprinzips als den praktischen Rechtsbedürfnissen entsprechend für vollkommen

---

[224]) Siehe hierüber Dr. Weber eheliches Güterrecht 1882 S. 89 u. ff.

[225]) Dr. Förster, Prß. Gr. R. 1872 S. 96.

Bahlmann loc. c. S. 35 Note 39. Conf. Pr. L. § 361 Tit. I § 2.

[226]) „Mag dies die allgemeine oder Errungenschaftsgemeinschaft sein, mag sie auf Gesetz oder Vertrag beruhen“.

Komm.-Ber. d. Abg.-H. v. J. 1872 I S. 26.

[227]) Conf. hierüber

Bahlmann loc. c. S. 244 ff.

Dernburg Pr. P.R. I § 245.

sachgemäß zu erklären und dies umsomehr, als die vorauszusetzende Umsicht der Grundbuchbeamten wohl jeden Mißbrauch dieser Bestimmung ausschließen wird.

c) Grundeigentumserwerb durch Adjudikation in der notwendigen Subhastation.[228])

Nach der neuesten Preuß. Subh.-Ordg. vom 13. Juli 1883, in Kraft getreten am 1. November 1883,[229]) gemäß welcher die Wirkung der durch den Einleitungsbeschluß auszusprechenden Beschlagnahme dem Schuldner gegenüber durch Zustellung dieses Beschlusses, gegen Dritte aber durch die bei Erlaß dieses Beschlusses vom Vollstreckungsgerichte sofort nachzusuchende Eintragung des Subhastationsvermerks im Grundbuche eintritt, erwirbt der Ersteher das Eigentum des ersteigerten Grundstücks unter gleichzeitigem Übergang der Gefahr und der Nutzungen durch den Zuschlag (ohne Inskription oder Tradition), welcher durch ein im Verkündigungstermine nach Anhörung der erschienenen Beteiligten zu erlassendes „Urteil" (richtiger Beschluß) des Vollstreckungsgerichts erteilt wird, und zwar entscheidet für den Eigentumserwerb nicht der Tag der Rechtskraft des Zuschlags, sondern schon der Tag der Verkündigung desselben;[230]) auch

---

[228]) Siehe über die ältere Prß. Subhast.O. v. 15. März 1869:

Dernburg loc. c. §§ 345 ff.

und über die neueste Prß. S.O. vortrefflich:

Henle in der Deutsch. Not. Ztg. Jahrgg. 1883 S. 337 ff.

und dessen „Prß. und Bayer. Subh. Ordg. vergleichende Darstellung und Erläuterung beider Gesetze.

Bad Kissingen 1884."

[229]) Durch dieselbe ist der wirtschaftlich bedeutsame Grundsatz eingeführt worden, daß der Gläubiger den Zwangsverkauf eines Grundstücks nur ausführen darf, wenn die ihm im Range vorgehenden Gläubiger aus dem zu erzielenden Erlöse befriedigt werden, so daß als Aufwurfspreis, als sogenanntes „geringstes Gebot", unter das kein Steigerer bieten kann, jener Geldbetrag zu dienen hat, der zur Befriedigung aller dem Extrahenten vorgehenden Realrechte ausreicht.

[230]) Auch nach der Bayer. S.Odg. vom 25. Febr. 1879 Art. 55 Ziff. 2 geht das Eigentum sofort „mit dem Zuschlage auf den Ansteigerer über", dies jedoch nur „unter der Bedingung der bei der Versteigerung

tritt dieser Eigentumserwerb selbst dann ein, wenn der Subhastat nicht Eigentümer war, indem der wahre Eigentümer, infolge der in der öffentlichen Bekanntmachung der Versteigerung (früher Subhastationspatent genannt) angedrohten Rechtsnachteile mit seinen Realansprüchen präkludiert und desfalls lediglich auf den Kaufpreis verwiesen wird (§ 40 Ziff. 9).

Die Eintragung des Erstehers im Grundbuche erfolgt erst nach Ausführung des Teilungsplanes und zwar nur auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichtes; auch kann der Ersteher den Besitz des Grundstücks vor Berichtigung des Kaufgeldes nicht verlangen. Es ist klar, daß bei dieser Gestaltung des Subhastationsverfahrens — wornach durch die gleich beim Beginn des Verfahrens einzutragende Sperre, welche erst mit der nach Berichtigung des Kaufgelds von Amtswegen erfolgenden Einschreibung des Eigentumsrechts des Adjudikatars gelöscht wird, jeder Mißbrauch des Grundbuchs unmöglich gemacht ist und die Evidentstellung des letzteren ex officio herbeigeführt wird — kein Rechtsbedürfnis besteht, die Adjudikation nur als Titel des Eigentumserwerbs gelten zu lassen. Allein abgesehen hievon, würde meines Erachtens sich ein derartiger Rechtssatz bei Adoptierung des Grundbuchsystems überhaupt nicht durchführen lassen, ohne Schädigungen zu verursachen. Niemals wird man nemlich einerseits vor der Bezahlung oder Berichtigung des Meistgebots die Inskription der Adjudikation, welche natürlich stets die Löschung der Sperre voraussetzt, gestatten können, da außerdem wenigstens jene Beschlag-

übernommenen Verbindlichkeiten" Dr. Ortenau in seinem Kommentar zu dieser S.O. Nördlingen 1880 S. 95 charakterisiert diese eben angeführte Bedingung mit Rücksicht auf das Vorbild des frz. Rechts als eine negative Resolutiv-Bedingung, allein sie ist nach meiner Ansicht eine Suspensivbedingung und dies zwar sowohl nach dem Wortlaute des Gesetzes, als auch insbesondere im Hinblicke darauf, daß nach Art. 94 dieser S. O. das Vollstreckungsgericht die sogenannte Berichtigung des Besitztitels, Löschungen 2c. erst dann, und zwar von Amtswegen zu veranlassen hat, „wenn von dem Ansteigerer die bei der Versteigerung übernommenen Verbindlichkeiten vollständig erfüllt sind."

nahmsgläubiger, die keine dinglichen Rechte an dem Subh.-Objekte haben, durch neue Hypotheken ꝛc., die inzwischen der Ersteher bestellen könnte, mit Rücksicht auf das Publizitätsprinzip, um ihre Ansprüche gebracht werden könnten.

Nachdem man aber andererseits dem Ersteher zur Berichtigung des Meistgebots im Interesse der Gläubiger und der Schuldner immer eine gewisse Zeit wird gönnen müssen, wenn anders gute Versteigerungsresultate erzielt werden sollen, so hätte der Ersteher für die Zwischenzeit (von der Adjudikation bis zur Inskription), in welcher er unter der gedachten Voraussetzung nicht Eigentümer wäre, keine ausreichenden Rechtsmittel, deren er zur Wahrung seiner Rechte, also z. B. gegen Anmassungen von Servituten (actio negatoria), gegen Pacht- und Mietansprüche ꝛc., zuweilen notwendig bedarf, und wäre derselbe also ohne ausreichende, rechtspolitische Gründe für einige Zeit wenigstens in gewissem Grade rechtlos gestellt.

Über den juristischen Charakter der Adjudikation werde ich später eine Erörterung folgen lassen, allein hier schon möchte ich der sehr verbreiteten Meinung, als ob die Adjudikation ein spezifisch richterlicher Akt sei, mit entschiedenem Widerspruch begegnet haben.

Die Zwangsvollstreckung hinsichtlich der richterlichen Endurteile und der ihnen in der Hauptsache gleichgestellten sonstigen Vollstreckungstitel (besonders Notariatsurkunden) ist allerdings im allgemeinen unter die richterliche Autorität gestellt, so daß der Richter insbesondere naturgemäß alle hiebei vorkommenden Streitigkeiten zu entscheiden hat. Allein die Ausführung der einzelnen Vollstreckungshandlungen ist, wenn auch als Ausfluß der Justizhoheit des Staates, doch keineswegs als Attribut der speziellen Richtergewalt anzusehen; sie kann daher zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen teilweise den Richtern als Nebenfunktion übertragen werden, allein deshalb ist sie ihrem inneren Wesen nach noch durchaus keine spezielle richterliche Funktion.[231])

---

[231]) Auch Dernburg Pr. Pr.R. I § 349 S. 861 sagt: „Das Zuschlagsurteil zieht das Fazit des Verfahrens. An sich gehört dies Urteil

Auf diesem Standpunkt steht auch unsere R.C.P.O., welche einen erheblichen Teil der Zwangsvollstreckung den Gerichtsvollziehern mit dem Bemerken überwiesen hat (Motive), daß dieselben „unmittelbar von den Parteien angegangen, ohne Leitung des Gerichts handeln", und bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nur bestimmt (Motive zu § 755 der R.C.P.O.), „daß die Vollstreckung durch die Gerichte angeordnet wird und das Amtsgericht der belegenen Sache das Vollstreckungsgericht ist", alle übrigen Punkte dieser Zwangsvollstreckung aber der Regelung durch die Landesgesetzgebungen überläßt, so daß die letzteren in der Lage waren und sind, die Zwangsversteigerungen mit Adjudikation jenen Justizorganen zu übertragen, welche sich hiezu nach ihrer sonstigen Berufsstellung und insbesondere nach Maßgabe des in den einzelnen Bundesstaaten hinsichtlich des Grundbuchwesens bestehenden Behördenorganismus am besten eignen. So ist z. B. in Bayern die Zwangsversteigerung von Immobilien incl. der Adjudikation gesetzlich den Notaren in der Art überwiesen, daß von dem Vollstreckungsgerichte stets einer der zuständigen Notare im Requisitionswege zu der Zwangsversteigerung zu veranlassen ist.[232])

d) Grundeigentumserwerb durch Expropriation.[233])

Die Expropriation ist keineswegs, wie früher, allgemein, und auch noch im Prß. L.R. (I., 11 § 8) angenommen wurde, ein notwendiger Kauf, sondern ein einseitiger Akt der Staatsgewalt, welche im Interesse des öffentlichen Wohls dekretiert, daß hiemit enteignet sei. Dieselbe gehört daher als Art des Eigentumserwerbs überhaupt nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte an und ist insoweit Sache der Verwaltung, welche jedoch hinsichtlich ihrer Dekretur, mit der nach und nach erfolgten Ausbildung der Rechtsstaatstheorie, in den einzelnen

---

nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit; ist vielmehr dazu bestimmt, mittels der verwaltenden Justiz die Parteiverhältnisse zu ordnen."

[232]) Bayer. Subh.O. Art. 29.

[233] S. hierüber die vortreffliche Arbeit von Laband im Archive für civil. Pr. Lr. 52 Seite 169 ff.

Gesetzgebungen an bestimmte, verfassungsrechtlich aufgestellte Voraussetzungen gebunden wurde, so daß schließlich die Expropriation abgesehen von den konstitutionellen Garantien in mehr oder minder großem Umfange unter den Schutz der modernen Verwaltungsrechtspflege gestellt wurde.[234]) Dagegen ist allerdings die Frage der Ersatzpflicht des Enteigners und der Umfang derselben privatrechtlicher Natur, weshalb auch die definitive Entscheidung hierüber, wenn gleich die provisorische Feststellung derselben der Aktivverwaltung zusteht, den Gerichten gebührt, so daß also der Rechtsweg über diesen Punkt für zulässig erklärt ist, soferne die für die Betretung desselben gesetzlich eröffnete Frist nicht versäumt wird. Dies ist im allgemeinen auch der Standpunkt des Prß. Expropriationsgesetzes vom 11. Juni 1874[235]), welches insbesondere bestimmt § 32: „Die Enteignung des Grundstücks wird auf Antrag des Unternehmers von der Bezirksregierung ausgesprochen &c., wenn nachgewiesen ist, daß die Entschädigungssumme rechtgiltig gezahlt oder hinterlegt ist. Die Enteignungserklärung schließt, insofern nicht ein anderes dabei vor-

---

[234]) Dies ist insbesondere in Bayern der Fall, wo gerade hinsichtlich der Expropriation dem Verwaltungsgerichtshofe ausnahmsweise auch Ermessensfragen zur Entscheidung überwiesen wurden.

Art. 8 Ziff. 10 und Art. 10 Ziff. 9 conf. mit Art. 47 des bayer. Ges. vom 8. Aug. 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes betreffend.

S. hierüber Dr. Weber „die Verwaltungsgerichtsverfassung und der Prozeß in Verwaltungsrechtssachen in Bayern. Wzbg. 1879." S. 1. 117. 128 und 140.

[235]) Dies ist das Hauptgesetz in Preußen über die Expropriation. Es bestehen aber dort über diese Materie ähnlich wie in Bayern im Verhältnis zu dem bayerischen Expropriationsgesetz vom 17. November 1837 noch weiter Spezialgesetze. Auch gehört hierher das Reichsgesetz v. 21. Dezbr. 1871, die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen betreffend. Besonders geregelt sind auch die Abtretungen im Interesse des Bergbaues, von welchem aus übrigens die moderne Entwicklung des Enteignungsrechts hauptsächlich ihren Anstoß erhalten hat.

Dr. Dernburg Prß. Pr.R. I § 34 Note 2.

Dr. Weber loc. c. S. 128.

behalten wird, die Einweisung in den Besitz in sich"; § 35: „Gleichzeitig hat die Regierung die Grundbuchsbehörde zu benachrichtigen, damit der Eigentumsübergang von ihr eingetragen wird;" § 44: „Mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses (§ 32) an Eigentümer und Unternehmer geht das Eigentum des enteigneten Grundstücks auf den Übernehmer über ꝛc." (Eintritt der Rechtskraft ist nicht erforderlich); „diese Vorschrift gilt auch in den Landesteilen, in denen nach den allgemeinen Gesetzen der Übergang des Eigentums von der Einschreibung in die Grundbücher oder von der Einreichung des Vertrags bei dem Realrichter abhängig gemacht ist."

Man wird auch hier, wie bei der Adjudikation, sagen müssen, daß bei einer derartigen Gestaltung der Expropriation, wornach insbesondere die Evidentstellung des Grundbuchs von der zuständigen Verwaltungsbehörde nach der Berichtigung der Entschädigungssumme ex officio zu veranlassen ist, kein Rechtsbedürfnis besteht, die Inskription als Bedingung des Eigentumsübergangs aufzustellen.

Allein es ist doch noch über das Verhältnis der Enteignung zu dem Publizitätsprinzip des Grundbuchsystems und den Wirkungen des letzteren folgender Punkt zu besprechen:

Das Expropriationsverfahren beginnt nemlich nicht wie das Subhastationsverfahren rechtsnotwendig mit einem Eintrag der Sperre. Allein es ist auch bei der Expropriation sofort mit Einleitung derselben der Eintrag einer entsprechenden Vormerkung im Grundbuche nicht weniger wie bei der Adjudikation geboten, wenn anders das Publizitätsprinzip des Grundbuchsystems und dessen Wert auch gegenüber der Expropriation aufrecht erhalten werden soll und mißliche Rechtskollisionen vermieden werden sollen.

Würde nemlich diese Eintragung eines Vermerks unterlassen, so könnten sich folgende Inkonvenienzen ergeben:

Veräußert der Eigentümer A noch vor Zustellung des Enteignungsdekrets das betreffende Grundstück an B durch Auflassung, so geht auf den letzteren ohne Zweifel das Eigentum über, und erstreckt sich insbesondere auf letzteren nach Analogie des § 238 der R.C.P.O. die Litigiosität der Sache nicht, so daß gegen

den B hinsichtlich der Expropriation wieder selbstständig vorgegangen und von dem A, wenn etwa demselben die Entschädigungssumme schon berichtigt worden wäre, diese indebite bezahlte Summe wieder zurückgefordert werden müßte.

Wie aber, wenn Expropriat nach Zustellung des Enteignungsdekrets, also zu einer Zeit, wo er nicht mehr Eigentümer war, jedoch noch vor der Inskription an den gutgläubigen B entgeltlich aufläßt, wobei freilich vorausgesetzt werden müßte, daß die Requisition auf Inskription dem Grundbuchamte erst nach der Zustellung des Enteignungsdekrets an den Eigentümer präsentiert worden wäre.

In diesem Falle würde zwar einerseits dem Enteigner die einmal erworbene Liegenschaft verbleiben; dieser Satz ist eine notwendige Konsequenz des öffentlich-rechtlichen Charakters der Enteignung, welche im öffentlichen Interesse erfolgt und durch die Privatinteressen des einzelnen nicht alteriert werden darf.[236]) Allein andererseits müßte dem gutgläubigen Singularsuccessor, der im Vertrauen auf das Grundbuch gehandelt hat und durch das öffentliche Recht geschädigt wurde, jedenfalls insoweit, als seine Klage gegen den A wegen Dolus keinen materiellen Erfolg hätte, voller Schadensersatz geleistet werden, da B durch das Grundbuch, das auch im Interesse des allgemeinen Wohls eingeführt ist, geschädigt wäre, dieser Schaden aber durch Eintrag eines Vermerks leicht hätte verhütet werden können. Es wird daher geradezu als Amtspflicht der Aktivverwaltung, welcher die Wahrnehmung vorsorglicher Verfügungen in Verwaltungsrechtssachen hauptsächlich obliegt, zu erachten sein, daß dieselbe die Einschreibung des angedeuteten Vermerks rechtzeitig veranlaßt.

---

[236]) Conf. hierüber Dr. Dernburg, Prß. Pr.R. I § 34 S. 72.
Stobbe loc. c. S. 180.
Strohal loc. c. S. 132.

Nach bayerischem Recht dürfte übrigens in solchen Fällen unter Umständen eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 26 des alleg. Ges. v. 8. August 1878 nicht ausgeschlossen sein.

Conf. Dr. Weber loc. c. S. 88 ff.

d) Der Grundeigentumserwerb durch **Ersitzung.**

Die Lösung der Frage, welche Stellung der Ersitzung im Grundbuchsysteme einzuräumen sei, gehört zu den schwierigsten Problemen der Gesetzgebung, weshalb ich diese Frage einer eingehenderen Erörterung unterstellen zu müssen glaube.

Es wurde bereits am Eingang dieses Paragraphen hervorgehoben, daß der Zweck des Grundbuchsystems, dem Immobiliarverkehr und Realkredit eine sichere, möglichst unantastbare Grundlage zu verschaffen, konsequenter Weise, um den für den Verkehr maßgebenden Tabularstand mit der materiellen Rechtslage der einzelnen Liegenschaften fortgesetzt in Übereinstimmung zu erhalten, zu dem Gedanken des absoluten Eintragungsprinzips in dem Umfange führt, daß überhaupt dingliche Rechte an Immobilien nur mehr durch Inskription in das Grundbuch entstehen können; es wurde jedoch hiebei zugleich betont, daß dieser Grundsatz nicht allgemein durchgeführt werden kann, wenn anders schwere Rechtsschädigungen vermieden werden sollen, und daß daher insbesondere einzelne gemeinrechtliche Erwerbsarten des Grundeigentums ohne die Vorbedingung der Inskription aufrecht zu erhalten sein werden und in das Grundbuchsystem hauptsächlich durch das relative Eintragungsprinzip in befriedigender Weise eingefügt werden können.

Diese Beschränkung des Eintragungsprinzips wird jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung für zulässig erachtet werden dürfen, daß einerseits für die Erhaltung der betreffenden Erwerbsart ein unabweisbares Rechtsbedürfnis besteht und daß andererseits durch dieselbe das Grundbuchsystem nicht erschüttert, respektive demselben durch das relative Eintragungsprinzip hinlänglich Rechnung getragen erscheint.

Diese Voraussetzungen treffen nun meines Erachtens bei den bisher aufgeführten außerbücherlichen Erwerbsarten des Grundeigentums, wie genügend nachgewiesen sein dürfte, in ausreichender Weise zu.

Allein wie steht es mit diesen Voraussetzungen hinsichtlich

der Ersitzung,[237]), welche insoferne eine durchaus generelle Erwerbsart ist, als die übrigen Eigentumserwerbsarten, respektive deren Voraussetzungen im Verhältnis von Titeln zu derselben (wenigstens bei der ordentlichen Ersitzung) stehen und, trotz der letzteren anklebenden Mängel, Eigentum unter der Bedingung der faktischen Ausübung des Eigentumsrechts an dem bezüglichen Grundstücke und des guten Glaubens des Erwerbers schon allein durch die Sanktion der Zeit erzeugt wird?

Überdies entsteht aber durch die Ersitzung — ganz abgesehen von dem im modernen Rechte sehr erweiterten sogenannten Putativtitel[238]) — Eigentum, ohne daß ein Titel inmitte liegt (außerordentliche Ersitzung und unvordenkliche Verjährung, welche letztere jedoch das Prß. Landrecht nicht adoptiert hat),[239]) lediglich durch gutgläubige innerhalb einer bestimmten Zeit fortgesetzte Ausübung des Eigentumsrechts.

Es ist klar und kann wohl kein Zweifel bestehen, daß für ein solches Rechtsinstitut unter der Herrschaft des Grundbuchsystems wenigstens für die Regel kein Raum mehr sein kann, da in Kraft desselben fortgesetzt in sehr ausgedehntem Umfange

---

[237]) Das Pr. Landr. faßt unter dem Begriff „gewöhnliche Verjährung" sowohl die 10jährige Ersitzung, wobei indes jedes ganze Jahr, während dessen sich derjenige, gegen den verjährt werden soll, außerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks der belegenen Sache befindet, nur für 6 Monate zählt, als auch die 30jährige Ersitzung, bei welcher ein Titel nicht erforderlich ist, in der Art zusammen, daß auch für die 30jährige Ersitzung die Voraussetzungen der Acquisitivverjährung — mit Ausnahme des Titels — nicht also die Requisite der Klagenverjährung wie nach gemeinem Rechte maßgebend sind. Das gleiche gilt für die „ungewöhnliche" d. i. mehr als 30 Jahre erfordernde Verjährung.

Pr. Landr. I. 9 §§. 620 ff. u. 629 ff.

Dernburg loc. c. §§ 175, 177 u. 178.

Conf. Windscheid Pand. I. § 183.

[238]) Dernburg loc. c. S. 414.

Windscheid Pand. I. § 178.

[239]) Dernburg loc. c. S. 423.

Auch das Ö. L.G.B. kennt die Immemorialpräskription nicht.

Unger Bd. 2 § 104 Anm. 22.

(besonders unter dem Titel pro emtore) Eigentum an Liegenschaften außerhalb des Grundbuchs, welches immerhin grundsätzlich den Mittelpunkt für den Grundeigentumserwerb zu bilden hat, entstehen würde, und dieses durch Ersitzung erzeugte Eigentum überdies mit Rücksicht auf die seltene Möglichkeit des rein urkundlichen Nachweises desselben, dem Grundbuche, zumal in den als regelmäßig vorauszusetzenden Fällen, in welchen bereits ein Grundbuchsblatt, d. i. ein eingetragener Eigentümer existiert, dessen Eigentum erst (und zwar in der Regel durch Klagestellung des Präskribenten) beseitigt werden müßte, bevor das Eigentum des letzteren eingeschrieben werden dürfte, nicht ohne Schwierigkeiten einverleibt werden könnte.

Die hienach durch unbedingte Zulassung der Ersitzung eintretende bedenkliche Erschütterung des Grundbuchsystems würde, wie sich aus diesen Erwägungen von selbst ergeben dürfte, ferner auch durch die Erhaltung der Ersitzung in der Form eines Rechtstitels zum Eigentumserwerb, also eines bloß obligatorischen Anspruchs des Ersitzungs-Erwerbers gegen den bisherigen (insbesondere inskribierten) Eigentümer — wodurch ohnedies in unnatürlicher Weise ein rein sachen-rechtliches Institut in das Obligationenrecht transferiert werden würde — ebensowenig wie durch das relative Eintragungsprinzip ferne gehalten, und zwar in letzterer Beziehung um so weniger, als der Natur der Sache nach in diesen Fällen auch eine Mitwirkung des öffentlichen Rechts zur Evidenthaltung des Grundbuchs immerhin nur in verhältnißmäßig seltener Weise Abhilfe schaffen würde.

Überdies wäre in ersterer Beziehung (Ersitzung als Rechtstitel) dem Präskribenten, im Falle eines Konkurses des eingeschriebenen Eigentümers oder einer Veräußerung des Grundstücks an einen schlechtgläubigen Dritten, mit einem bloß persönlichen Anspruche nicht einmal geholfen.

Ebenso ist nicht minder klar, daß die Zwecke der Ersitzung, welche hauptsächlich darin bestehen, für den Erwerb des Eigentums definitve, insbesondere keiner Eviktion mehr unterworfene Rechtszustände zu schaffen, durch das Grundbuchsystem mittelst

des im Anschluße an den Tabularstand des Grundbuchs erfolgenden gutgläubigen Rechtsverkehrs und der hiemit verbundenen Wirkungen des materiellen Publizitätsprinzips wenigstens unter normalen Verhältnissen viel rascher und gründlicher erreicht werden, als durch die Ersitzung, so daß also auch wenigstens in der Regel kein Rechtsbedürfnis für Erhaltung der Ersitzung als Erwerbsart des Grundeigentums besteht.

Angesichts dieser Sachlage haben nun einzelne Gesetzgebungen, welche das Grundbuchsystem adoptierten, das altehrwürdige Institut der Ersitzung, welches schon in der ältesten Kodifikation des Römischen Rechts, d. i. jener der XII Tafeln sanktioniert wurde, als Erwerbsart des Grundeigentums entbehren zu können und deshalb diese Erwerbsart vollständig aufheben zu müssen geglaubt. Auf diesem Standpunkte steht das Sächsische b. Ges.B. (§ 279) und der mehr erwähnte Bayerische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Art. 149 und 150).[240])

Das Prß. E.E.Gesetz bestimmt dagegen, wie bereits erwähnt, in Artikel 6:

> „Gegen den eingetragenen Eigentümer findet ein Erwerb des Eigentums an dem Grundstück durch Ersitzung nicht statt",

womit der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Ersitzung Platz greifen soll, wenn für ein Grundstück noch kein Grundbuchsblatt, also überhaupt noch kein eingetragener Eigentümer besteht, oder der eingetragene Eigentümer gestorben,[241]) resp. verschollen ist

---

[240]) Die Motive zu diesem Entwurf bemerken ausdrücklich (S. 56), daß die Ersitzung weder als unmittelbare Erwerbsart, noch als Titel zum Eigentumserwerb von Liegenschaften in die Art. 149 und 150 aufgenommen worden sei, weil der Entwurf den Übergang des Grundeigentums prinzipiell von der Eintragung des Erwerbers im Grundbuche abhängig mache und deshalb Tradition und Besitz ihre bisherige Stellung im Rechtssystem verlieren.

[241]) So nach der Rechtskonsequenz Förster loc. cit. III S. 202 Note 32 und Bahlmann loc. c. S. 39.

Conf. dagegen Dernburg und Hinrichs Prß. Hyp.R. S. 241 Note 12, wonach nur bei Verschollenheit des eingetragenen Eigentümers Ersitzung zulässig sein soll.

und der Erbe sein im Erbgange erworbenes Eigentum innerhalb der Ersitzungszeit nicht hat eintragen lassen, oder der eingetragene Eigentümer sein Eigentum durch einen sonstigen, ohne Inskription (z. B. Adjudikation) erfolgenden Eigentumserwerb verloren hat und der neue Eigentümer (aus Versehen) im Grundbuche nicht eingeschrieben wurde.

Noch viel weiter geht das Österr. allg. b. Ges.B. (welches bekanntlich das Grundbuchsystem angenommen hat), indem es auch gegen den eingetragenen Eigentümer die regelmäßige (d. i. in Österreich 30jährige) Ersitzung unter Voraussetzung der bona fides des Erwerbers zuläßt. [242])

Will man nun hienach de lege ferenda der Frage näher treten, ob die Ersitzung als Erwerbsart des Grundeigentums unter der Herrschaft des Grundbuchsystems überhaupt aufrecht erhalten werden kann und eventuell, inwieweit für eine Aufrechterhaltung derselben ein Rechtsbedürfnis besteht, so muß man nach meinem Dafürhalten, wenn Klarheit in diese schwierige Materie gebracht werden soll, schlechterdings von der Erörterung der Vorfrage ausgehen, welche Grundlage für das Grundbuchsystem eine bezügliche positive Gesetzgebung durch ihre Einführungsbestimmungen geschaffen hat, indem sich erst hieraus ein deutliches Bild über den Umfang unserer Frage, besonders auch nach der Seite des zu würdigenden Rechtsbedürfnisses hin ergibt.

In dieser Beziehung sind nun zwar die Prß. Gr.B.Gesetze

---

[242]) Conf. Öst. a. b. G.B. §§ 1468 und 1470.

Hiezu Strohal loc. c. S. 141 ff.

Es ermangeln übrigens die einschlägigen Gesetzesquellen der notwendigen Klarheit und wird von hervorragenden österr. Schriftstellern. die Ansicht vertreten, daß nach Öst. R. die Ersitzung an eingetragenen Liegenschaften nur obligatorische Ansprüche erzeuge.

Conf. Unger a. ö. G.Z. 1868 Nr. 26.

Krainz ebendaselbst Nr. 97.

Um die Bedeutung des obigen Satzes zu charakterisieren, ist auch zu beachten, daß nach Östr. R. zur Ersitzung nur: Besitz, Ablauf der Zeit und bona fides, nicht aber ein Titel erfordert wird.

Conf. § 1477 Östr. a. b. G.B. und hiezu Strohal loc. c. S. 151.

vom Jahre 1872 bekanntlich lückenhaft, da man die bisherigen Hyp.Bücher ohne allgemeines Aufgebotsverfahren sofort mit dem 1. Okt. 1872 als Grundbücher gelten ließ, ohne über die rechtlichen Wirkungen der bisherigen Eigentumseinträge gegenüber dem neuen Grundbuchsystem ausdrückliche Bestimmungen zu treffen,[243]) weshalb eine sehr bedenkliche Verschiedenheit der Ansichten über diesen Punkt nicht ausbleiben konnte (conf. Not. 188).

Dagegen sind in dieser Beziehung geradezu mustergiltig die mit großer Umsicht und gründlicher Sachkenntnis abgefaßten Einführungsbestimmungen des mehr allegierten ganz neuen Gesetzentwurfs für Elsaß-Lothringen (§§ 106—124), welche hierher um so mehr passen, als sie die bezüglichen Grundlagen des Prß. Grundbuchsystems in sozusagen verbesserter Auflage reproduzieren; ich hebe daher aus denselben nur in gedrängtester Kürze folgende Sätze für den vorliegenden Zweck hervor:

Dieser Entwurf geht nemlich vor allem von dem höchst zutreffenden Gedanken aus, daß ein Grundbuchsystem ohne vorgängige gründliche Landesvermessung nicht durchführbar ist, und verordnet daher, daß successive nach Maßgabe der Fertigstellung des auf dieser Vermessung beruhenden Katasters, welcher zugleich auf Grund administrativer Verhandlungen die dermaligen Besitzer (Eigentümer) der einzelnen Liegenschaften aufführt, die Grundbücher von Amtswegen nach Gemeinde-Markungen (dies wenigstens in der Regel), in einem oder mehreren Bänden angelegt und daß die im Kataster vorgetragenen Besitzer, soferne in dem vorgeschriebenen Aufgebotsverfahren rechtzeitig Einwendungen nicht erhoben wurden, ex officio als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden sollen mit der Wirkung, daß durch das angedeutete Aufgebotsverfahren und die hierauf folgende Inskription zwar etwaige Eigentumsrechte Dritter nicht absolut (wie bei dem in der Folge im Anschluß an das Grundbuch geschehenen gutgläubigen entgeltlichen Erwerb) präkludiert werden, daß aber mit dem eilften Tage nach der über diese Intabulierung

[243]) Conf. §. 49 und §§ 134 bis 137 der Prß. G.B.O.

durch die Presse erfolgten öffentlichen Bekanntmachung auf die inskribierte Liegenschaft nunmehr das Grundbuchsystem Anwendung finde, so daß also z. B. von da ab hinsichtlich dieser Liegenschaft eine Veräußerung unter Lebenden rechtsgültig nur mehr durch Auflassung und Einschreibung vorgenommen werden kann.

Zugleich trifft dieser Entwurf aber auch — und das ist ein großer Vorzug desselben — weiter hinsichtlich der Wirksamkeit des Grundbuchsystems ausdrücklich Vorsorge für jene Fälle, in welchen nach Einführung des Grundbuchsystems, sei es durch Fehler des Katasters, respektive der Vermessung oder durch Versehen des Grundbuchamts ꝛc. ꝛc. ein Grundbuchsblatt für einzelne Grundstücke noch nicht besteht, indem derselbe (§ 123) bestimmt, daß mit dem 11. Tage nach der letzten Bekanntmachung über die Intabulierungen eines bestimmten Bezirks „auch bezüglich der noch nicht eingetragenen Grundstücke die Vorschriften dieses Gesetzes (d. i. das Grundbuchsystem) in Wirksamkeit treten", so daß also auch hinsichtlich solcher nicht eingetragener Grundstücke insbesondere ein Eigentumserwerb in den Fällen der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden gleichfalls nur durch Auflassung und Einschreibung vor sich gehen kann.

Angesichts eines Grundbuchsystems, welches auf solcher Grundlage ruht — und das ist wie erwähnt in der Hauptsache auch für das Prß. Grundbuchsystem der Fall — gelten nun für die Ersitzung nach Maßgabe des angeführten Art. 6 des Prß. E.E. Gesetzes (ebenso auch nach § 35 [244]) des Entwurfs für E. L.) folgende Sätze:

1) Ist die Ersitzung vor dem 1. Oktober 1872 (in Elsaß-Lothr. vor dem 11. Tage nach der fraglichen — bezüglich intabulierter Grundstücke letzten — Bekanntmachung) vollendet worden, so hat sie noch Eigentum erzeugt, welches auch gegen den (primär) eingetragenen Eigentümer noch geltend gemacht werden kann,

---

[244]) Derselbe lautet: „Das Recht des eingetragenen Eigentümers ist der Verjährung (Code civil Art. 2262, 2265) entzogen."

Hiezu Motive S. 176, aus welchem sich die obigen Sätze ganz zweifellos ergeben.

nicht aber gegen dessen gutgläubigen Singularsuccessor; überdies aber bleiben unter allen Umständen die seit der Intabulierung des Eigentums eingetragenen, in gutem Glauben erworbenen, dinglichen Rechte, insbesondere Hypothekrechte Dritter an dem Grundstücke aufrecht erhalten.

2) Handelt es sich dagegen um eine Ersitzung, deren Vollendung erst nach Einführung des Grundbuchsystems an sich nach allgemeinen Gesetzesbestimmungen eintreten würde, so wird zu unterscheiden sein:

a) Besteht bereits ein Grundbuchblatt und damit ein eingetragener Eigentümer (ein Grundbuchblatt ohne Eigentümer entbehrt überhaupt der Vollständigkeit und ist daher wenigstens in der Hauptsache wertlos), so kann eine Ersitzung an diesem Grundstücke durch einen Dritten nicht beginnen, beziehungsweise fortlaufen,[245]) da das durch das Grundbuch veröffentlichte von jedermann zu respektierende Eigentum des eingetragenen Eigentümers den Beginn der Ersitzung unmöglich macht, respektive den Lauf derselben unterbricht. Auch das ist eine Wirkung des Publizitätsprinzips nach dem innersten Wesen desselben.

Anders gestaltet sich dagegen die Sachlage nach den angeführten Bestimmungen, wenn der eingetragene Eigentümer gestorben, beziehungsweise verschollen ist, oder sein Eigentum auf Grund eines sonstigen nicht an die Inskription geknüpften Eigentumserwerbs eines anderen verloren hat, indem von da ab dem Präskribenten kein wirklicher grundbücherlicher Eigentümer mehr, beziehungsweise ein nicht eingetragener Eigentümer gegenübersteht, gegen welchen Ersitzung so lange zulässig ist, als sein Eigentum nicht eingeschrieben wurde, während allerdings sofort durch den Eintrag des Eigentums des Erben, respektive des sonstigen außerbücherlichen Erwerbers die Ersitzung des Dritten unterbrochen wird.

b) Besteht dagegen trotz Einführung des Grundbuchsystems noch kein Grundbuchsblatt bezüglich des betreffenden Grundstücks, so ist Ersitzung des Eigentums an demselben zulässig.

---

[245]) Dernburg P. Pr. R. I S. 382 und 600 und Note 8 daselbst. Turnau Bd. 2 S. 321.

In beiden Fällen (sub a und b) kann jedoch dann, wenn sich die Ersitzung auf eine Veräußerung unter Lebenden (was in der Praxis die Regel bildet) stützt, nur die dreißigjährige (außerordentliche) Ersitzung [246]) für zulässig erachtet werden, da das Vorhandensein eines wirklichen Titels — nemlich die Auflassung — fehlt und das materielle Rechtsgeschäft (mit Tradition), welches ja nach Prß. Grundbuchsrechte für den Eigentumsübergang als solchen bedeutungslos ist, [247]) nicht mehr wie im gemeinen R. und im Preußischen Landrecht als Ersitzungstitel in Betracht kommen kann. [248])

Was aber endlich die bona fides als Erfordernis der Ersitzung betrifft, so hat zugleich in dem mehrallegierten § 6 des Prß. E.E.Ges. die von der neuesten Doktrin seit Stintzing's unten angeführten Untersuchungen [249]) ziemlich allgemein angenommene Rechtswahrheit wenigstens indirekt Bestätigung gefunden, daß

---

[246]) Dernburg P. Pr. R. I § 243 S. 595 und S. 593. Da Dernburg für die Fälle, in welchen nach Einführung des Grundbuchsystems für ein Grundstück noch kein Grundbuchsblatt angelegt ist, die Tradition als Eigentumserwerbsart zuläßt, so statuiert er für diese Fälle die 10- resp. 20jährige Ersitzung. S. jedoch die Praxis hiegegen in Note 188.

[247]) Dernburg loc. c. S. 589.

[248]) Es ist charakteristisch für das R. R. (ebenso im Pr. Landr.), daß es keinen titulus pro tradito, wohl aber einen solchen pro emtore, pro donato, pro dote pro transactione ꝛc. ꝛc. kannte.

Windscheid Pand. § 179 Note 1.

Es folgt meines Erachtens auch aus dieser Thatsache, wie ich bei dieser Gelegenheit hervorzuheben nicht unterlasse, daß das R. R. in den Fällen der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden den Eigentumsübergang an das Dasein eines materiellen Rechtsgeschäftes mit Besitzübertragung knüpfte, nicht aber die Tradition als abstrakten dinglichen Vertrag auffaßte. Hätten die Röm. Juristen diese letzte Vorstellung nach Art der Savigny-Windscheid'schen Theorie gehabt, so hätten sie meiner Ansicht nach notwendig ganz von selbst auch den titulus pro tradito als den im Leben wichtigsten Ersitzungtitel erwähnen müssen.

S. oben § 6 S. 31 ff.

[249]) Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der Röm. Usucapionslehre, 1852.

nemlich der gute Glaube nicht identisch ist mit der Überzeugung Eigentümer geworden zu sein, jedoch auch nicht, wie Stintzing will, lediglich ein negatives Moment (Nichtwissen des Unrechts) darstellt, sondern in der redlichen (positiven) Ueberzeugung besteht, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe, woraus folgt, daß in den Fällen der freiwilligen Veräußerung unter Lebenden die Ersitzung deshalb, weil der Usukapient wissen mußte, ohne Auflassung und Inskription Eigentum nicht erwerben zu können, nicht ausgeschlossen ist.[250])

Sie ist nur ausgeschlossen gegen den intabulierten Eigentümer, weil in dieser Intabulierung ein fortgesetzter rechtswirksamer Protest des Eigentümers gegen die Ersitzung zu erblicken ist, und liegt in diesem Gedanken zugleich die wissenschaftliche Rechtfertigung dieses Ausschlusses.

Auch mit dieser Lösung des Problems, welche Stellung die Ersitzung im Grundbuchsystem einzunehmen habe, wurde meines Erachtens von der Prß. Gesetzgebung wirklichen Rechtsbedürfnissen Rechnung getragen, ohne daß das Grundbuchsystem erschüttert wurde. Denn abgesehen von der Übergangsbestimmung sub Ziff. 1, die als selbstverständlich keiner Rechtfertigung bedarf, ist jedenfalls hinsichtlich der Fälle sub Ziff. 2b klar, daß, wenn man nach Einführung des Grundbuchsystems eine Ersitzung an nicht eingetragenen Parzellen[251]) vollständig ausschließen würde, ein

250) Windscheid Pand. I § 176.
Dernburg loc. c. S. 413 und 593.
Für das Österr. Recht: Strohal loc. c. S. 151.

251) Es ist hiebei hervorzuheben und im Auge zu behalten, daß da, wo das Grundbuchsystem richtig eingeführt, also insbesondere bei Beginn desselben alles Grundeigentum ex officio nach Maßgabe des Katasters eingetragen werden mußte, in der Folge nur ausnahmsweise und nur für unbedeutende Parzellen ein Grundbuchsblatt mangeln kann und daß überdies in die gegenständige Frage nicht der Fall hineingezogen werden darf, wenn es sich darum handelt, ob eine Liegenschaft sich als Pertinenz eines eingetragenen Grundstücks darstellt. Übrigens werde ich später das Verhältnis der Pertinenzien zu einem richtigen Grundbuchsystem in den Kreis meiner Erörterungen ziehen.

Eigentumserwerb an solchen Liegenschaften nach längerer Dauer der Herrschaft des Grundbuchsystems in der Regel gar nicht mehr möglich wäre und daher solche Grundstücke außer Rechtsverkehr gestellt werden würden, da nicht intabulierte Grundstücke auch durch Rechtsgeschäft und Tradition nicht mehr erworben werden können und ein Rückgriff bis zu jenem Auktor zurück, der bei Einführung des Grundbuchsystems Eigentümer war, abgesehen von den hiebei obwaltenden Schwierigkeiten, nur höchst selten und mit der Zeit überhaupt nicht mehr von Erfolg sein könnte; selbstverständlich würden auch solche Parzellen keineswegs etwa durch Betrieb einer Behörde oder eines Gläubigers zur Intabulierung befördert werden können, da hiezu stets bereits wirklich vorhandenes Eigentum des Schuldners erforderlich ist.[252]) Auch von einer Gefährdung des Grundbuchsystems durch die Zulassung der Ersitzung in diesen ohnedies seltenen Fällen kann im Ernste nicht die Rede sein, wohl aber wäre eine solche meines Erachtens in der Zulassung der „Tradition" als Eigentumserwerbsart für derartige Parzellen zu erblicken,[253]) da sich unter dieser Voraussetzung der Verkehr mit solchen Grundstücken ganz regelmäßig außerhalb des Grundbuchs fortspinnen würde, bis einmal eine Intabulierung z. B. zur Erlangung eines Realkredits ꝛc. notwendig wäre, ein Fall, der unter Umständen (zumal in wohlhabenden Gegenden) ganze Generationen hiedurch nicht eintreten könnte.

Größere Schwierigkeiten bereitet dagegen die Lösung der Frage, ob die Ersitzung auch in den Fällen sub 2a also auch dann, wenn ein Grundbuchsblatt und somit ein eingetragener Eigentümer formell vorhanden ist, allein der letztere sein Eigentum durch Tod oder sonst durch eine außerbücherliche Erwerbsart an einen anderen verloren hat, innerhalb der Zwischenperiode,

---

[252]) Dernburg loc. c. Pr. Gr.Ord. §§ 55 u. 56 und S. 593 Note 2.

[253]) Für die Zulassung der Tradition in solchen Fällen spricht sich, wie erwähnt, wohl mit Rücksicht auf die mangelhaften Übergangsbestimmungen der Prß. Grundbuchsgesetzgebung aus Dernburg loc. c. S. 595 Ziff. 6. Ebenso hinsichtlich des Österr. R. Strohal loc. c. S. 16 Note 1.

das ist in solange gestattet werden soll, als der neue Eigentümer nicht intabuliert wurde.

Daß auch hinsichtlich solcher Fälle ein Rechtsbedürfnis für Zulassung der Ersitzung besteht, ist zweifellos, da sich nach einer längeren Dauer des Grundbuchsystems stets wie jeder Praktiker zugeben wird, nicht wenige intabulierte Grundstücke finden, deren eingetragene Eigentümer bisweilen selbst dem Namen nach gänzlich unbekannt oder längst verstorben sind, ohne daß man die Erben kennt, bei Ausschluß der Ersitzung aber in solchen Fällen der Besitzer eines derartigen Grundstücks dasselbe, mag er und seine Auktoren es auch noch so lange in gutem Glauben besessen und bewirtschaftet haben, doch nicht zu Eigentum erwerben könnte und dies auch selbst dann nicht, wenn der eingetragene Eigentümer wegen Verschollenheit durch Richterspruch (z. B. aus Veranlassung einer Expropriation) für tot erklärt wurde und sich keine Erben im Aufgebotsverfahren gemeldet haben, beziehungsweise, bei standesamtlicher Konstatierung des Todes des inskribierten Eigentümers, die Ediktalladung unbekannter Erben ohne Erfolg geblieben ist, so daß solche Grundstücke zum Teil, soferne nicht etwa der Fiskus oder ein Machtspruch der Gesetzgebung mit der Zeit Abhilfe schaffen würde, bis an das Ende der Tage auf den Namen des „eingetragenen Eigentümers“ stehen blieben, zum Teil aber (wenn sich Erben melden) gegen alles Rechtsgefühl und gegen die Interessen des wirtschaftlichen Lebens an Personen gelangen würden, welche selbst über diese ihnen durch ein irrationelles Gesetz zugefallene Acquisition nicht wenig überrascht sein müßten.

Aber auch da, wo die Erbfolge ganz regelmäßig vor sich geht, jedoch der Erbe die Intabulierung seines ererbten Grundeigentums nicht veranlaßt hat, resp. auch da, wo der sonstige (außerbücherliche) Erwerber den Eintrag seines Eigentums 30 Jahre lang nicht betreibt und sich zugleich um die betreffende Liegenschaft nicht bekümmert, während ein anderer nebst seinen Auktoren dieselbe in gutem Glauben diese lange Zeit hindurch wie ein Eigentümer behandelt und bewirtschaftet hat, besteht für die Gesetzgebung dringende Veranlassung, diesen letzteren gegen den For-

malismus des Grundbuchsystems im Interesse des frisch pulsierenden wirtschaftlichen Lebens zu schützen und ihm durch Zulassung der Ersitzung Eigentum einzuräumen.

Endlich scheint mir eine Schädigung des Grundbuchsystems durch die Zulassung der Ersitzung auch in diesen Fällen sub 2a vollständig ausgeschlossen, da vielmehr umgekehrt hiedurch die Inskription des außerbücherlich erworbenen Grundeigentums wegen der Gefahr des Verlusts desselben durch Ersitzung, befördert wird, andererseits aber auch das Requisit des guten Glaubens und die freie richterliche Würdigung dieses Moments ausreichende Garantie für den Sieg des materiellen Rechts gewähren.[254])

e) Grundeigentumserwerb durch **Okkupation.**

Nach Pr. L.R. hat an herrenlosen Grundstücken, mögen sie bisher in niemandes Eigentum gestanden haben oder derelinquiert worden sein, ein privilegiertes ausschließliches Okkupationsrecht der Staat sowie derjenige, dem der Staat dieses Recht überträgt;[255]) nach provinziellen und statutarischen Bestimmungen haben indeß die Stadtgemeinden und die Gutsherrn primäres Okkupationsrecht an den in ihren bezüglichen Feldmarkungen gelegenen herrenlosen Liegenschaften, so daß dem Staat hieran nur

---

[254]) Wenn Strohal loc. c. S. 134 de lege ferenda eine 40jährige Ersitzung an Grundbuchskörpern (d. i. gegen den intabulierten Eigentümer), beginnend mit dem letzten bücherlichen Lebenszeichen des eingetragenen Rechts in Vorschlag bringt, so dürfte hiemit einerseits wirklichen Rechtsbedürfnissen zu wenig Rechnung getragen und andererseits die von dem Pr. E.E.Ges. so richtig gewürdigte Konsequenz des Publizitätsprinzips nicht beachtet sein, wonach in dem grundbücherlichen Vortrag des Eigentums, in solange, als letzteres der Eigentümer durch außerbücherliche Erwerbsart an einen anderen nicht verloren hat, ein fortgesetzter Protest gegen jegliche Ersitzung erblickt werden muß.

[255]) Okkupiert sodann der Berechtigte, so erwirbt er Eigentum ohne Eintragung, während eine Auflassung nötig ist, wenn der Staat das von ihm bereits okkupierte Grundstück veräußert.

Turnau Pr. G.B.O. Bd. II S. 318.

Dernburg loc. c. S. 552 Note 8.

ein eventuelles Okkupationsrecht gebührt.[256]) Übrigens ist die thatsächliche Herrschaft dieses allgemeinen Okkupationsrechts zumal mit Rücksicht auf das Uferrecht (s. nächste Ziff. f) bei dem Stande unserer gegenwärtigen Bodenkultur eine äußerst geringfügige und kommt in der Praxis fast nur mehr in Derelictionsfällen (s. unter β) in Betracht.

α) Soweit nun überhaupt ein Okkupationsrecht besteht, ist der Eigentumserwerb durch Okkupation (ohne Inskription) vor

---

[256]) Pr. Landr. II 16, §§ 1 ff.

Förster loc. c. III § 174 S. 178 und 180.

Dernburg loc. c. § 228 S. 552.

Während ursprünglich bei den germanischen Völkern den Gemeindegenossen das Recht zustund, Stücke der Almende durch Kultivierung (Rodung) zu Privateigentum zu gewinnen, bildete sich im fränkischen Reiche mit Erstarkung der königlichen Gewalt der Grundsatz aus, daß herrenloses Land dem Könige gehöre, und entwickelte sich in Deutschland demgemäß ein landesherrliches Regal, welches in Partikularrechten ausdrücklich anerkannt wurde.

Stobbe loc. c. Bd. II § 91.

Dieses Recht des Fiskus auf herrenlose Immobilien gilt außer in Preußen auch im Gebiete des Bayer. Landrechts (Dr. von Roth Bayer. Civilr. II § 34 S. 719 und I § 140), in Sachsen (§ 294 des Sächs. G.B.), ebenso nach franz. R. (cod. c. art. 539, 713), dagegen nicht in Österr. (§ 387 d. b. GB.), wo indeß die Verwaltung das Recht hat, Grundstücke wegen gänzlicher Unterlassung ihres Anbaues oder Gebäude wegen unterlassener Herstellung für den Staat einzuziehen und anderen Personen zu übertragen (Expropriationsrecht).

Strohal loc. c. S. 163 Note 3.

Dr. von Roth und Stobbe fassen übrigens an den angeführten Stellen dieses Privilegium des Fiskus und zwar auch für das Pr. L.R. nicht als bloßes Okkupationsrecht auf, sondern sprechen dem Fiskus Eigentum an herrenlosen Grundstücken ipso jure zu; allein diese Ansicht ist jedenfalls hinsichtlich des Pr. L.R. irrig und selbst für das Bayer. Landr. mindestens zweifelhaft.

Conf. Kreittmayer Anm. z. Bayer. Landr. Tl. II Kap. I § 7 Ziff. 5, woselbst bemerkt ist, daß „die öden Gründe" der Landesherrschaft zugesprochen werden „ex capite Dominii universalis vel modi occupationis per universitatem", wornach, da von einem Obereigentum des Landesherrn doch nicht mehr die Rede sein kann, nur mehr ein generelles Okkupationsrecht des Staats an öden Grundstücken übrig bleibt.

allem an solchen herrenlosen Grundstücken zulässig, welche bisher dem Grundbuche nicht einverleibt waren, wozu natürlich in erster Linie diejenigen Liegenschaften gehören, die bisher in niemandes Eigentum waren und daher auch noch keine Aufnahme in dem Grundbuche erhalten konnten.

β) Eine schwierigere, jedoch in der Praxis in unserer Materie fast allein mehr in Betracht kommende Frage ist dagegen diejenige, ob eine Okkupation auch an solchen faktisch herrenlosen Grundstücken statthaft ist, welche im Grundbuche eingetragen sind und somit einen eingeschriebenen Eigentümer haben, oder mit anderen Worten, ob und inwieweit — denn dahin spitzt sich die Frage zu — eine Dereliktion an Grundbuchskörpern nach Pr. Recht zugelassen ist?

Solange nämlich der Eigentümer als solcher im Grundbuche eingetragen ist, kann das Grundstück, wenn auch der Eigentümer solches faktisch verlassen und sogar sich über dieses Aufgeben seines Eigentums ausdrücklich erklärt hat, doch nicht als derelinquiert im Sinne des Rechts angesehen werden, da der verbleibende Eigentumsvortrag im Grundbuche fortgesetzt das dem Eigentümer trotz alledem noch zustehende Eigentum zur Publikation bringt und ihn zu allen Eigentumsausübungen legitimiert. Zu einer wirksamen Dereliktion müßte also das Eigentumsrecht des Derelinquenten auf dessen Antrag im Grundbuche gelöscht werden. Nun kennt aber das Pr. G.B.R. überhaupt keine Löschung des Eigentumsrechts: Ist einmal eine Liegenschaft dem Grundbuche einverleibt, so gibt es hinsichtlich des Eigentums in seiner Totalität nur mehr Eine Veränderung und die besteht darin, daß ein anderer als Eigentümer eingetragen wird; die erste Abteilung des Grundbuchs läßt daher nur den Eintrag der Eigentümer in fortlaufender Reihenfolge zu, beziehungsweise gestattet keine Abschreibung, soferne hiemit nicht zugleich eine Zuschreibung verknüpft ist (die einzige Ausnahme hievon siehe Seite 133); selbst in dem Falle, wenn dem eingetragenen Eigentümer durch rechtskräftiges Urteil das Eigentum auf Grund einer Anfechtungsklage aberkannt und dem Kläger zugesprochen wurde, stellt sich die Eintragung des Eigen-

tums des letzteren buchmäßig gewissermaßen als Succession dar, indem der siegreiche Kläger einfach in der Nummernreihe der Eigentümer folgt; es besteht also in der ersten Abteilung des Grundbuchs keine Spalte für Bemerkungen und sohin insbesondere auch keine solche für Löschungsvorträge.[257])

Die Frage über die Zulässigkeit der Okkupation an intabulierten Grundstücken muß daher nach Pr. G.B.R. verneint werden.

γ) Diese Unzulässigkeit der Okkupation wird selbst dann anzunehmen sein, wenn der eingetragene Eigentümer deshalb kein Eigentumsrecht mehr hat, weil solches durch eine außerbücherliche Erwerbsart an einen andern, der noch nicht inskribiert ist (z. B. Erben, Adjudikatar rc.) übergegangen ist, da dieser letztere durch bloße Tradition, wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde, Eigentum nicht übertragen und infolge dessen das Eigentum durch außerbücherlichen Akt wohl auch sonst nicht aufgeben kann; diese Konsequenz ergibt sich aus dem Wesen des Grundbuchsystems, in welchem der Besitz hinsichtlich der Eigentumsfrage wenigstens prinzipiell keine Rolle mehr spielt und sohin auch das Aufgeben dieses Besitzes hinsichtlich dieser Frage bedeutungslos ist; jedenfalls würde man ohne diese Konsequenz zu ganz irrationellen Resultaten gelangen, indem ohne dieselbe z. B. der Erbe, bevor sein ererbtes Eigentum eingetragen ist, derelinquieren könnte, nach Einschreibung seines Eigentumsrechts aber dieses Recht verlieren würde, also weniger Rechte hätte.

Zu dem gleichen Ergebnis (Unzulässigkeit der Dereliktion an Grundbuchskörpern) gelangt Strohal auch für das Österr. Recht; nur will er dem Ersitzungseigentümer, das ist demjenigen, der gegen den intabulierten Eigentümer Eigentum ersessen hat, die außerbücherliche Dereliktion gestatten, da er demselben auch das Recht der Übereignung durch bloße Tradition einräumt.[258])

---

[257]) Dernburg loc. c. S. 466.

[258]) Strohal loc. c. S. 163 ff.

Nach meinem Dafürhalten sind jedoch die Ausführungen Strohals wohl nicht haltbar und dürfte vielmehr nach Österr. R. eine bücherliche De-

Nach dem Sächſiſchen Geſetzbuche § 294 dagegen werden Grundſtücke, welche zu derelinquieren der Eigentümer vor Gericht erklärt hat, wie erbloſes Gut behandelt. Ebenſo beſtimmt der Bayeriſche Entwurf in Art. 152: „Das Eigentum an Liegenſchaften erliſcht außer dem Falle des Untergangs derſelben und des Übergangs des Eigentumsrechts an einen anderen durch die Löſchung des Eintrags im Grundbuch auf Grund der Entſagung" und räumt weiter in Art. 151 der Gemeinde, in deren Markung das derelinquierte Grundſtück liegt, einen „Eigentumstitel" an dieſer Liegenſchaft ein. Hiezu bemerken die Motive Seite 55 in ſehr zutreffender Weiſe: „Herrenloſe Liegenſchaften von irgend einem Wert können bei dem gegenwärtigen Stande der Bodenkultur nicht häufig vorkommen; doch bleibt immerhin der Fall denkbar, daß die Geringfügigkeit des Ertrags, die Unbequemlichkeit der Lage u. dgl. den Eigentümer beſtimmen, ſich von einem Grundſtücke loszuſagen, um von den darauf haftenden Laſten befreit zu werden. Für ſolche Fälle erſcheint es am zweckmäßigſten, der Gemeinde, in deren Markung das Grundſtück ge-

---

reliction und ſohin eine Okkupation auch in den Fällen, wo ein Grundbuchskörper beſteht, zuläſſig ſein, da § 444 des Öſterr. b. G.B. ganz beſtimmt ausſpricht: „Das Eigentum der unbeweglichen Sachen aber wird nur durch die Löſchung in den öffentlichen Büchern aufgehoben", und hiemit trotz des allerdings viel zu weit gehenden Inhalts dieſes Satzes immerhin die formelle Zuläſſigkeit einer Löſchung des Eigentums im Grundbuche ſtatuiert, während Strohal bei ſeiner bezüglichen Deduction gerade von dem Grundſatze ausgeht, daß auch nach dem Öſterr. Grundbuchsrechte „eine Löſchung des Eigentums an einer Liegenſchaft, zufolge welcher dieſelbe res nullius würde, nicht kennt." Auch eröffnet das Öſterr. Grundbuchsformular in der Abteilung „Eigentumsblatt" unter der Hauptſpalte „Eintragung" einen Vortrag für Löſchungen. Ebenſo ſcheint mir die Meinung Strohals, daß der Erſitzungseigentümer durch bloße Tradition Eigentum weiter übertragen könne, ohne Zweifel irrig zu ſein, da für den Fall als B einmal Eigentum erſeſſen hat, der Eigentumserzeugungsakt ſeinen Abſchluß gefunden hat und die Übergabe (Veräußerung) der Liegenſchaft an C nicht mehr als Fortſetzung der Erſitzung (accessio temporis), — worauf Strohal ſeine Anſicht weſentlich ſtützt — ſondern höchſtens als Beginn einer neuen Erſitzung aufgefaßt werden kann.

legen ist, den Erwerb desselben auf Grund der gehörig konstatierten Dereliktion freizustellen."

Was hienach schließlich de lege ferenda die Frage über die Stellung der Okkupation zum Grundbuchssystem betrifft, so wird zwar dem Pr. G.B.R. aus den mehrfach erörterten Gründen insoweit beizupflichten sein, als es auch die Okkupation nicht als bloßen Titel zum Eigentumserwerb, sondern als außerbücherliche Eigentumserwerbsart behandelt; allein als eine Lücke im Gesetze muß es angesehen werden, daß dasselbe eine bücherliche Dereliktion nicht zuläßt, und es wird in dieser Beziehung im Interesse des Rechtsbedürfnisses dem bayer. Entwurfe der Vorzug gegeben werden müssen. Man denke nur an den leider nicht selten vorkommenden Fall, daß ein Hypothekgläubiger in der notwendigen Subhastation einzelne Grundstücke in einer von seinem Wohnsitze fern gelegenen Gemeindemarkung adjudiziert erhält und solche schlechterdings nicht und zwar nicht einmal auf dem Wege der Schankung veräußern kann; versagt man demselben auch die Dereliktion, so bleiben demselben für unabsehbare Zeiten Lasten überbürdet, denen keine Rente gegenübersteht!

f) Grundeigentumserwerb infolge des **Uferrechts.**

Liegenschaften, die neu auf der Bildfläche erscheinen und daher an sich zunächst in niemandes Eigentum stünden, werden bekanntlich schon im R.R. in der Regel nicht als herrenlose Sachen betrachtet und sind also nicht der freien Okkupation wie z. B. die Insel im Meere unterworfen, sondern werden vom Rechte sofort mit ihrem Dasein einem bestimmten Eigentümer zugeteilt.[259])

Auf diesem Standpunkte steht im allgemeinen auch das Pr. L.R., jedoch schwächt dasselbe die Befugnis der Ufernachbarn meistens, wie unten näher entwickelt ist, zu einem bloßen privilegierten Okkupationsrecht ab; auch gelten die nachfolgenden Grundsätze sowohl für öffentliche als für Privatflüsse, dagegen nicht für geschlossene Gewässer, Teiche und Seen;[260]) end-

---

[259]) Windscheid Pand. I § 185.

[260]) Pr. L.R. I 9 § 267 ff.

Dernburg loc. c. § 237 in fin.

lich hat auch der im R.R. aufgeſtellte Satz, daß, wenn die Ufergrundſtücke durch ſtaatliche Zumeſſung fixierte Grenzen haben, — agri limitati — die Alluvion, die insula in flumine nata und der alveus derelictus Gegenſtand der freien alſo jedermann zuſtehenden Okkupation ſein ſolle, im Pr. L.R. ſowenig als meines Wiſſens ſonſt irgendwo Rezeption erhalten.[261])

Dies im allgemeinen vorausgeſchickt, werden im einzelnen hinſichtlich des Grundbuchſyſtems folgende Punkte in das Auge zu faſſen ſein:

α) Anſchwemmungen — Alluvionen — fallen auch nach Pr. L.R. wie nach R.R. ipso jure dem Eigentümer desjenigen Grundſtücks zu, an welchem ſie ſich angeſetzt haben; der Eigentumserwerb tritt nach Pr. L.R. mit dem Augenblick ein, in welchem ſich die Anlandungen über den gewöhnlichen d. i. ſogenannten mittleren Waſſerſtand emporgehoben haben.[262])

Das Bayer. Waſſerben.-Geſ. v. 28. Mai 1852, bekanntlich eine ganz vorzügliche legislative Leiſtung im Gebiete des ſo ſchwierigen Waſſerrechts, welches von Öſterreich in der Hauptſache adoptiert wurde und ohne Zweifel auch dem künftigen R.C.G.B. im weſentlichen zur Grundlage dienen dürfte, — S. hiezu Dr. v. Roth Bayer. Civilr. Tl. III § 282 ff., eine meiſterhafte Arbeit, und Dr. v. Pözl Kommentar, Erlangen 1880, worin insbeſondere die öffentlich rechtliche Seite des Waſſerrechts vortrefflich behandelt iſt, — unterſcheidet auch hinſichtlich des Eigentumserwerbs der Ufernachbarn, abgeſehen von den geſchloſſenen Privatgewäſſern, zwiſchen öffentlichen und Privatgewäſſern und ſpricht die insula in flumine nata und den alveus derelictus in öffentlichen Gewäſſern dem Staate zu, während es im übrigen im weſentlichen hinſichtlich des fraglichen Eigentumserwerbs mit dem Pr. Landr. übereinſtimmt, jedoch die Idee eines bloßen Okkupationsrechts nicht adoptiert hat. Siehe das Nähere in den folgenden Noten.

[261]) L. 16 Dig. de a. r. d. 41, 1.
L. 1 §§ 6, 7 Dig. de flum. 43, 12.
Windſcheid Pand. I § 185 Note 1.
Dernburg loc. c. § 237 Note 2.

[262]) Windſcheid Pand. § 185 Ziff. 3.
Pr. L.R. I 9 §§ 225 ff. und I 8 § 242, 248.
Entſcheidung des R.G. Bd. II S. 316.
Dernburg loc. c. § 237 S. 575.
So auch noch Bayer. Waſſerben.-Geſ. v. 28. Mai 1852 Art. 23 u. 42.

β) Während dagegen nach R.Rechte das von einem fremden Grundstück abgerissene und an ein anderes Grundstück angetriebene Stück Land — Avulsion — gleichfalls ipso jure dem Eigentümer des letzteren Grundstücks zu Eigentum anfällt, sobald dasselbe mit diesem Grundstücke zusammen gewachsen ist,[263]) räumt das Pr. R. dem bisherigen Eigentümer die Befugnis ein, das abgetriebene Stück Land binnen Jahresfrist zurückzuholen oder durch Klage zu fordern und gewährt erst nach Ablauf dieser Frist dem Ufernachbar nur ein privilegiertes Okkupationsrecht an dem angetriebenen Stück, so daß sich der Eigentumserwerb erst durch diese Besitznahme vollzieht.[264])

γ) Ferner läßt das Pr. L.R. hinsichtlich der im Flusse entstandenen Insel — insula in flumine nata — das Eigentum hieran den Ufernachbarn nicht wie nach gemeinem Rechte ipso jure zufallen,[265]) sondern gewährt den Ufernachbarn gleichfalls nur ein privilegiertes Okkupationsrecht an der Insel, das heißt an der sich über den gewöhnlichen Wasserstand erhebenden Erhöhung im Flußbett; dieses Okkupationsrecht erstreckt sich bis zur Mittellinie des Flusses, wobei jedoch diese Linie nicht wie im R.R. nach den Krümmungen des Flusses, sondern in der Weise gezogen wird, daß zwischen den zwei den Endpunkten der Insel

---

[263]) § 21. J. de red. div. 2, 1.

„Si arbores, quas secum traxerit (das angetriebene Stück), in meum fundum radices egerint.“

Windscheid Pand. § 188 1a und Note 6.

[264]) Pr. L.R. I 9 §§ 223, 224 ff.

Dernburg loc. c. § 237 S. 576.

Ebenso im wesentlichen nach Bayer. Wasserben.-Ges., wornach der bisherige Eigentümer binnen Jahresfrist bei der einschlägigen Verwaltungsbehörde die Erklärung abgeben muß, daß er das abgetriebene Grundstück als das seinige betrachte, oder die Anerkennung seines Eigentums von seiten des Uferbesitzers erwirkt oder desfalls gerichtliche Klage erhoben haben muß; ist dies nicht geschehen, so tritt jedoch der Eigentumserwerb des Ufernachbars ipso jure ein.

Bayer. Wasserben.Ges. Art. 30 und 43.

[265]) § 22 J. de red. div. 2, 1.

Windscheid Pand. § 185 Ziff. 1.

korrespondierenden Punkten der Flußmitte eine gerade Linie gedacht wird; machen nicht alle Anlieger von ihrem Okkupationsrechte Gebrauch, und ist dies durch eine obrigkeitliche Aufforderung konstatiert, so können die andern Flußnachbarn die staatliche Überweisung der nicht okkupierten Inselteile für sich fordern; überdies ist jeder Ufernachbar befugt, die Insel auch über seinen Teil hinaus durch dreijährige Ersitzung zu erwerben.[266])

δ) Auch auf das verlassene Flußbett — alveus de flumine derelictus — haben die Uferanlieger nach Pr. L.R. nur ein privilegiertes Okkupationsrecht,[267]) jedoch gehört dem Staat das verlassene Bett dann, wenn er selbst dem Strome durch einen Durchstich ein anderes Bett angewiesen hat.[268]) Auch muß der Erwerber eines verlassenen Betts den Eigentümern der überströmten Gelände Entschädigung aus dem Bette oder dessen Wert gewähren.[269]) [270])

---

[266]) Pr. L.R. I 9 § 242 ff. und II 15 § 67, wornach in erster Linie das Provinzialrecht entscheidet, ferner L.R. I, 9 § 254 ff. und § 257.

Dernburg loc. c. § 237 S. 576.

Nach Bayer. Recht sind ipso jure Erderhöhungen, welche sich in einem öffentlichen Flusse über den mittleren Wasserstand erheben, in Ermangelung eines entgegenstehenden besonderen Herkommens oder ausdrücklicher Verleihung eines Anrechts auf dieselben, Eigentum des Staats, während Inseln, welche sich in Privatflüssen oder Bächen erheben, ipso jure dem Eigentümer desjenigen Ufers gehören, auf dessen Seite sich die Insel gebildet hat unb zwar nach Maßgabe der Uferlänge.

Reicht die Insel aber über die Mitte des Flusses, so teilt sich dieselbe unter die Eigentümer der beiderseitigen Ufer nach Maßgabe einer durch die Mitte des Flusses bei mittlerem Wasserstande zu ziehenden Linie.

Bayer. Wasserben.-Ges. Art. 28 und Art. 44.

[267]) Pr. L.R. I 9 § 270.

Dernburg loc. c. § 237 S. 577.

Das Pr. Obertribunal hält dagegen Besitzergreifung des verlassenen Bettes nicht für erforderlich.

Entscheidung des Obertribunals B. 52 S. 40 ff.

[268]) Pr. L.R. II 15 § 70 ff.

[269]) L.R. I 9 § 271.

[270]) Nach Bayer. R. ist das Flußbett der öffentlichen Flüsse Eigentum des Staats, weshalb das verlassene Flußbett Staatseigentum

Mit Recht hat die Pr. Gesetzgebung auch die vorstehenden Eigentumserwerbsarten aus den schon mehrfach erörterten Gründen nicht von einer Einschreibung im Grundbuche abhängig gemacht.

Eben dasselbe gilt auch im Österr. Recht.[271]) Auch der Bayer. Entwurf steht in der Hauptsache auf dem gleichen Standpunkte.[272])

Schließlich möge, um das Verhältnis der vorstehenden Eigentumserwerbsarten (infolge Uferrechts) zu dem Grundbuchsystem klarzustellen, die gerade für unsere Materie gewichtige Bemerkung Platz greifen, daß sich von den obigen Erwerbsarten nach Pr. L.R. lediglich die Alluvion als eigentlicher Accessionsfall[273]) darstellt d. i. als pars des Ufergrundstücks ipso jure erworben wird und daher nicht einen selbständigen Grundbuchskörper bildet, sondern dem Hauptgrundstück und dessen rechtlichen Schicksalen von selbst anheim fällt, also insbesondere den Lasten des letzteren (z. B. Hypotheken) ipso jure unterworfen wird, während bei den übrigen angeführten Eigentumserwerbsarten an sich selbständige Grundstücksindividuen entstehen, welche jedoch natürlich durch den Willen des Eigentümers mit seinem bisherigen Grundstücke zu einer Einheit verbunden werden dürfen.[274])

---

wird, jedoch ist dieses verlassene Bett vor allem auf die Entschädigung der Eigentümer der durch den neuen Wasserlauf beschädigten Grundstücke zu verwenden.

Bei Privatflüssen dagegen gehört der Flußgrund den Adjacenten nach Verhältnis der Uferlänge ihrer Grundstücke zu Eigentum, weshalb das verlassene Flußbett den Adjacenten ipso jure anheimfällt, jedoch sind die Beteiligten zusammen oder auch nur einzelne derselben befugt, den früheren Zustand auf ihre Kosten binnen Jahresfrist wieder herzustellen.

Bayer. Wasserben.-Ges. Art. 27 und 41.

[271]) Strohal loc. c. S. 161.

[272]) Bayer. Entwurf Art. 149 Ziff. 3.

[273]) Auch für das gemeine R. nimmt Windscheid nur hinsichtlich der Alluvion und Avulsion einen Erwerb durch Accession an.

Windscheid Pand. § 188 Note 2.

[274]) § 30 des E. E.G.

Ebenso nach Österr. Rechte.[275])

Nach dem Bayer. Entwurf werden dagegen alle obigen Erwerbsarten in dem angef. Artikel 149 ausdrücklich als „Zuwachsfälle" erklärt — eine Bestimmung, welche de lege ferenda in dieser Allgemeinheit Bedenken erweckt und doch wohl, um Willkürlichkeiten zu vermeiden, auf die Alluvionen zu beschränken sein dürfte.

B. Schutz des Grundeigentums und Stellung des gutgläubigen Erwerbers (actio Publiciana u. exceptio rei venditae et traditae).

Die Klagen, welche aus Verletzungen des Grundeigentums erwachsen, nehmen unter der Herrschaft des Grundbuchsystems in vielen Fällen eine vom gemeinen Recht abweichende rechtliche Gestaltung an und sind sogar teilweise ebenso wie gewisse hierher bezügliche Einreden bei diesem System überhaupt nicht zulässig. So gebührt z. B. die Vindikation dem Grundeigentümer nicht wie nach gemeinem Rechte bloß gegen den Besitzer der Sache d. i. gegen denjenigen, der ohne Willen des Eigentümers besitzt, auf Herausgabe derselben, sondern auch und zwar sogar dann, wenn Vindikant selbst Besitzer ist, gegen denjenigen, der mit Unrecht im Grundbuche als Eigentümer eingeschrieben ist, auf Gestattung der Umschreibung der Liegenschaft auf den Namen des Klägers, da in dem grundbücherlichen Vortrage eines unrichtigen Eigentümers mit Rücksicht auf die formalen Dispositionsrechte des letzteren (Recht der Auflassung und Hypothekbestellung 2c.), welche viel intensiverer Natur sind als jene des Besitzers, offenbar eine totale und nicht bloß eine partielle Verletzung des Eigentums zu erblicken ist.[276])

Ebenso verfolgt die actio negatoria, deren Fundament in den hierher gehörigen Fällen gleichfalls das Eigentum ist, bei

---

Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp.R. S. 201 in fin. und 202.
Dernburg loc. c. S. 578.

[275]) § 3 des Öst. a. Grb.Ges.
Strohal loc. c. S. 161 ff.
Hinsichtlich der Avulsion ist indes die Sache zweifelhaft.

[276]) Dernburg Pr. P.R. I S. 601/2.

dem Grundbuchsystem (wie auch schon wenn gleich in geringerem Grade bei dem bloßen Hypothekenbuchsysteme) sehr häufig solche Zwecke (z. B. bei Löschungen von Hypotheken), welche dem römischen Rechte — das eigentlich die negatoria ausschließlich zur Abwehr von angemaßten Servituten aufgestellt hatte, — unbekannt waren und selbst im Verhältnis zu der Ausdehnung, welche die gemeinrechtliche Praxis und die Partikulargesetzgebungen diesem Rechtsmittel bereits gegeben hatten, solches immerhin in neuen Funktionen wirksam erscheinen lassen, wobei jedoch als selbstverständlich hervorgehoben wird, daß die negatoria stets nur gegen solche Störungen des Eigentums zulässig ist, die sich auf ein dingliches Recht stützen.[277]) Die bedeutsamste Einwirkung aber äußert das Grundbuchsystem auf die actio Publiciana und auf die Einrede der Verjährung (Extinktivverjährung) sowie auf die sogenannte exceptio rei venditae et traditae, womit wir zugleich bei einer der interessantesten Partien des Grundbuchrechts, nemlich bei der Frage angelangt sind, welche Rechtsstellung derjenige, dem eine Liegenschaft auf Grund eines die Übertragung des Eigentums bezweckenden Rechtsgeschäftes bloß tradiert worden ist, dem Tradenten und dessen Singularsuccessoren gegenüber einnimmt?

Die Preuß. Gesetzgebung über das Grundbuchsrecht hat nun hinsichtlich dieser ganzen Materie über den Schutz des Grundeigentums und dessen Gestaltung im Grundbuchsystem zwar sehr viel der Regulierung durch die Wissenschaft und Praxis überlassen, jedoch immerhin über diesen Punkt höchst bedeutsame grundlegende Maximen aufgestellt, durch welche zugleich die Art, wie das materielle Publizitätsprinzip und dessen Umfang nach Preuß. Rechte aufgefaßt ist, in den wichtigsten Punkten eine bemerkenswerte Beleuchtung erfahren hat. Die einschlägigen Bestimmungen, welche wegen der nachstehenden Erörterung wörtlich hier folgen, sind in den §§ 7, 9 und 10 d. E.E.G. enthalten, also lautend:

„§ 7. Der eingetragene Eigentümer ist kraft seiner

---

[277]) Dernburg Pr. P.R. I § 250 Ziff. 2.
Turnau I S. 633 Ziff. 8.

Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben, und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigentümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen.

Gegen seine Eigentumsklage steht dem Beklagten die Einrede der Verjährung nicht zu.*)

Hat der Beklagte von dem Kläger (eingetragenen Eigentümer) oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen." (exc. rei vend. et tr.)

„§ 9. Die Eintragung des Eigentumsübergangs und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden.

Es bleiben jedoch die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgeld und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft.

Gegen diesen Nachteil kann sich der Anfechtungskläger durch die von dem Prozeßrichter nachzusuchende Eintragung einer Vormerkung sichern."

„§ 10. Die Anfechtung ist auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt."

Ferner gehört hieher auch noch die nachstehende gemeinrechtlich sich von selbst verstehende, jedoch im Hinblick auf das Preuß. Landrecht und dessen eigentümliche Theorie über das sogenannte „Recht zur Sache", welches mit Adoptierung des Grundbuchsystems wenigstens im Gebiete des Immobiliarsachenrechts beseitigt werden mußte, notwendig gewordene Bestimmung, nämlich:

„§ 4. Die Kenntnis des Erwerbers eines Grundstücks

---

*) Die Verjährungsfrage im Grundbuchsystem wird aus Zweckmäßigkeitsgründen in der II. Abteilung dieses Werkes erörtert werden.

von einem älteren Rechtsgeschäft, welches für einen anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigentumserwerb nicht entgegen."

Das Preuß. Recht hat, wie bereits oben (S. 119 u. ff.) hervorgehoben wurde, das materielle Publizitätsprinzip im wesentlichen auf die Grundsätze beschränkt, daß der äußerlich korrekt Eingetragene die formelle Verkehrs- und Klagslegitimation hat und daß der gutgläubige entgeltliche Erwerb von Eigentum und dinglichen Rechten an Liegenschaften nach Maßgabe des bei diesem Erwerb hinsichtlich des Auktor vorhanden gewesenen Tabularstandes geschützt wird, so daß diesem Erwerb gegenüber das Eigentumsrecht eines Dritten, ferner nicht eingetragene sachliche Dispositionsbeschränkungen und nicht eingetragene dingliche Rechte Dritter (mit wenigen Ausnahmen) keine Gültigkeit haben resp. zu Verlust gehen. Diese Grundsätze sind jedoch hinsichtlich der einzelnen Sachenrechte nicht ganz gleichmäßig durchgeführt.[278])

---

[278]) Als Modifikationen der obigen Grundsätze stellen sich folgende Bestimmungen dar:

a) Die persönlichen Dispositionsbeschränkungen des Eigentümers (z. B. infolge Minderjährigkeit oder mangelnden väterlichen Konsenses 2c.) wirken auch ohne Eintrag sogar gegen Dritte, d. h. die von einem der Art Beschränkten ausgehenden Veräußerungen und Belastungen sind nebst der auf Grund derselben erfolgten Eintragungen nichtig, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben war, d. h. die fragl. Dispositionsbeschränkung nicht gekannt hat.

Bezüglich der sachlichen Dispositionsbeschränkung bestimmt dagegen § 11 d. E.E.G.:

„Beschränkungen des Eigentumsrechts an dem Grundstücke erlangen Rechtswirkung gegen Dritte nur, wenn dieselben die Beschränkungen gekannt haben oder letztere im Grundbuche eingetragen sind."

Hierher gehören nicht die sog. dinglichen Rechte (jura in re aliena), dagegen aber z. B. Lehens- oder Fideikommißeigenschaft, Substitutionen, auflösende Bedingungen und überhaupt (nach Entsch. des Pr. O.Tr. und des Reichsger.) „nur solche Beschränkungen, welche aus der Qualität des Eigentums selbst hervorgehen, nicht aber Beschränkungen, die in persönlichen Verhältnissen des Eigentümers ihren Grund haben." Entgeltlichkeit des Erwerbs spielt hiebei keine Rolle.

Turnau I S. 648.

Die vorstehenden Gesetzbestimmungen enthalten nun eine nähere Anwendung und Erläuterung dieser Grundsätze zunächst hinsichtlich des Eigentums an Liegenschaften und lassen sich auf nachstehende Maximen zurückführen.

I. **Sachlegitimation.** In Kraft des Publizitätsprinzips ist derjenige, welcher unter der Herrschaft des Grundbuchsystems als Eigentümer im Grundbuche eingetragen wurde, mag dieser Eintrag auf Grund einer Auflassung oder einer in Mitte liegenden „außerbücherlichen Erwerbsart“ erfolgt sein,[279]) ebenso wie im Gebiet der freiwilligen Rechtspflege (z. B. bei Auflassungen, Hypothekbestellungen rc.) und des öffentlichen Rechts (z. B. in den Fällen der Grundsteueranlegung, der Arrondierung rc.), so auch im Civilprozeß vorerst als wirklicher Eigentümer anzusehen.

Dagegen ist der eingetragene Eigentümer keineswegs schon deshalb, weil er eingetragen ist, auch als Besitzer resp. etwa als fingierter Besitzer der eingeschriebenen Liegenschaft zu erachten, da der Besitz, welcher ohnedies in den Fällen der freiwilligen Veräußerung keine Bedingung des Eigentumserwerbs bildet, faktischer Natur ist und sich seinem ganzen Wesen nach durch die Einschreibung im Grundbuche nicht beherrschen läßt. Dem Besitzer stehen daher selbst gegen den im Grundbuche eingetragenen Eigentümer die possessorischen Rechtsmittel wegen Besitzstörung und Besitzentsetzung zu.[280])

Sachgemäßer regelt die Frage der Dispositionsunfähigkeit der Bayer. Entw. Art. 59 u. 60. Hiezu Motive S. 32.

b) Bezüglich der dinglichen Rechte (jura in re aliena) excl. der Hypotheken — soweit diese Rechte auf privatrechtlichem Titel beruhen — bestimmt § 12 des E.E.G., daß dieselben (mit einzelnen Ausnahmen z. B. gesetzliche Vorkaufsrechte, Realservituten rc.) „Wirksamkeit gegen Dritte nur durch Eintragung erlangen“, so daß sie beim Mangel ihres Eintrags demjenigen gegenüber, der Eigentum an der Liegenschaft erwirbt, zu Verlust gehen, wenn gleich der letztere von ihrem Dasein Kenntnis gehabt und unentgeltlich erworben hat.

[279]) Reichs.G. Urt. v. 23. Mai 1880 und 20. März 1882.

[280]) ReichsGer.U. v. 23. Sept. 1881.

Turnau I S. 633.

Im einzelnen dürften über die Sachlegitimation folgende Bemerkungen genügen:

1) Der eingetragene Eigentümer ist also zu allen Klagerechten des Eigentümers — hauptsächlich zur Erhebung der rei vindicatio und actio negatoria — schon in Kraft des Buchvortrags sachlich legitimiert, so daß er insbesondere des weiteren nach gemeinem Rechte im Falle einer derivativen Erwerbsart vorgeschriebenen Beweises des Eigentums seines Rechtsvorgängers („probatio diabolica")[281]) enthoben ist.

2) Ebenso ist aber auch der im Buch eingetragene Eigentümer passiv zur Sache legitimiert d. h. er hat rücksichtlich aller gegen den Eigentümer der betreffenden Liegenschaft als solchen gerichteten Klagen und selbst hinsichtlich der sogenannten actiones in rem scriptae[282]) die Präsumtion gegen sich gelten zu lassen, daß er wirklicher Eigentümer sei.

Dieser Grundsatz kommt zur vollen Bedeutung insoweit, als der Kläger dem eingetragenen Eigentümer gegenüber mit seiner Klage zunächst bloß Einträge im Grundbuche, z. B. Intabulierung seines (des Klägers) Eigentums oder Einschreibung einer Hypothek

---

Ganz auf demselben Standpunkte hinsichtlich der Besitzfrage steht auch die Fachkommission (s. oben S. 18) und der Bayerische Entwurf Art. 4, 24, 31 u. flgde.

Auch in der Österr. Praxis ist der Satz anerkannt, daß die possessorischen Rechtsmittel niemals dem sogenannten „Tabularbesitzer" als solchen, sondern nur dem „physischen" Besitzer, und zwar diesem sogar gegen den Eingetragenen zustehen, obgleich die Redaktoren des Öst. all. b Ges.B., beherrscht von einer irrigen Vorstellung über die Machtsphäre des Grundbuchs, von der Anschauung ausgingen, daß, nachdem an die Stelle der Tradition die Intabulierung getreten sei, mit der letzteren auch der Besitz erworben werde und umgekehrt durch die bloße Tradition „wirkliche Besitzrechte" nicht übertragen werden!!

§§ 441, 321 u. 322 des a. b. G.B.

Hiezu Strohal loc. cit. S. 53 ff.

[281]) Windscheid Pand. I § 196 u. Note 3.

[282]) Windscheid Pand. I § 45 Ziff. 2 u. Note 6.

Turnau I S. 633.

Conf. R.C.P.O. § 27.

oder eines Nutzungsrechts rc. bezweckt, indem diese Einträge auf Grund des rechtskräftigen Urteils gegen den verurteilten eingetragenen Eigentümer vollzogen werden können und sodann ihre Wirkungen nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des Grundbuchrechts äußern. Eine ganz andere Frage aber ist die, ob das — z. B. infolge einer Vindikatio oder actio hypothecaria — gegen den eingetragenen Eigentümer, der nicht zugleich Besitzer ist, ergangene kondemnatorische Urteil sofort auch Rechtskraft gegen den Besitzer erlangt und sohin ohne weiteres gegen den letzteren vollstreckt werden kann? Gerade diese wichtige Frage hat aber das Gesetz nicht, wenigstens nicht deutlich entschieden, obgleich mindestens hinsichtlich der Hypothekklage ein wohl allseits anerkanntes Rechtsbedürfnis für den fraglichen ausgedehnten Umfang der Rechtskraft vorhanden ist.

Dernburg Pr. P.R. I S. 485 äußert sich über diesen in der Praxis hochbedeutsamen Punkt wie folgt:

„Die Absicht des Gesetzes, welche dahin ging, die Lage der Hypothekgläubiger zu verbessern, würde nur erreicht, wenn das gegen den Eingetragenen ergangene Urteil auch gegenüber dem Besitzer der verhafteten Sache Rechtskraft machen würde. Ausgesprochen ist dies aber nicht, obgleich gerade hierin das Wesentliche der Neuerung läge. Man hat es der Praxis überlassen, die nur angedeuteten gesetzgeberischen Intentionen zu verwirklichen. Dieselbe wird aber bei dem Mangel einer unzweideutigen legislativen Norm geneigt sein, an dem Prinzipe festzuhalten, daß Erkenntnisse nur unter den Prozeßparteien Rechtskraft haben, und daß nicht erörterte Einreden des Naturalbesitzers durch einen Prozeß gegen den Eingetragenen, bei dem er nicht zugegen war, nicht beseitigt sind. Die nach wie vor zulässige Klage gegen den Besitzer wird daher in der Regel vorgezogen werden.“ [283])

Allein wenn Dernburg mit dieser Klage auch die actio hypothecaria meinen sollte, — und das ist offenbar der Fall

---

[283]) So auch Dernburg und Heinrichs Preuß. H.R. S. 261.

— so befindet er sich im Irrtum über die Praxis, welche — und zwar mit gutem Grunde — wohl überall, wo überhaupt das deutschrechtliche Hypothekensystem gilt, von der Ansicht beherrscht wird, daß diese Klage, welche eine andere Natur als die Römische actio hypothecaria hat, im Hinblick auf die Bestimmungen der einschlägigen **Subhastationsordnungen** nur gegen den im öffentlichen Buche eingetragenen Eigentümer mit Erfolg durchgeführt werden kann.

De lege ferenda dürfte sich übrigens die fragliche Ausdehnung der Rechtskraft gegen Dritte nur hinsichtlich der Hypothekklage im Interesse der Hebung des Realkredits empfehlen, während sie im übrigen abzulehnen sein wird, wenn anders ganz bedenkliche Rechtsverletzungen vermieden werden sollen.[284])

II. Die sogenannten **Anfechtungsklagen.** Unter diesen Klagen[285]) sind, wie vor allem betont werden muß, nicht bloß dingliche, sondern auch persönliche Klagen (condictiones) zu verstehen, welche letztere jedoch des Zusammenhangs wegen sofort hier in das Auge gefaßt werden. Ferner ist hervorzuheben, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die zur Anfechtung dienenden Rechtsgründe je nach der prozessualen Parteirolle des anfechten-

---

[284]) Man denke nur an den einfachen Fall, daß eine Vindikatio im Versäumnisverfahren (s. §§ 295 ff. der R.C.P.O.) gegen einen eingetragenen „Eigentümer", der aber in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr Eigentümer ist, siegreich durchgeführt wurde und das betreffende rechtskräftige Versäumnisurteil nun sofort gegen den gar nicht gehörten Besitzer, der in Wirklichkeit zugleich Eigentümer ist, vollstreckbar sein würde!

Die Bestimmung unserer R.C.P.O., daß ein rechtskräftiges Urteil auch gegen denjenigen vollstreckbar ist, d. h. daß die Vollstreckungsklausel gegen denjenigen ausgedehnt werden kann, der den Streitgegenstand „während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Streits" erworben hat, ist nach meinem Dafürhalten einerseits hinsichtlich der Hypothekklage zu enge gefaßt, andererseits aber hinsichtlich der Vindikatio von Immobilien rc. zu weitgehend, indem das Publizitätsprinzip nicht genügend berücksichtigt erscheint und die Ausdehnung der fr. Rechtskraft an die Bedingung geknüpft sein sollte, daß der bezügliche Anspruch im Grundbuche vorgemerkt wurde.

[285]) Über die Anfechtbarkeit der Buchseinträge im allgemeinen s. oben S. 122 ff.

den Teils sowohl zur Klage als auch wenigstens in der Regel zur Verteidigung d. i. zur Klagsnegation und zur Erhebung von Einreden[286]) benützt werden können. Auch versteht es sich von selbst, daß die Anfechtungsklagen nicht jedem, sondern nur demjenigen gebühren, dem ein dinglicher Anspruch an der bezüglichen intabulierten Liegenschaft oder ein persönlicher Anspruch an den Prozeßgegner auf Rückgabe resp. Rückauflassung der Liegenschaft zur Seite steht. Dies vorausgeschickt folgt nachstehende Erörterung.

Die sub I dargestellte Sachlegitimation des eingetragenen Eigentümers beruht an sich lediglich auf einer Präsumtion.

Dieselbe steigert sich zwar insoferne zu einer praesumtio juris et de jure, d. h. schließt in den Fällen der freiwilligen Veräußerung jegliche Anfechtung des Eigentumsvortrags insoweit aus, als die letztere ihren Grund aus einem im Verhältnis zum materiellen Rechte unrichtigen Tabularstand, wie er hinsichtlich des Auktor bestund,[287]) schöpfen wollte, während der eingetragene Eigentümer, d. i. der Prozeßgegner, entgeltlich in gutem Glauben erworben hat.

Im übrigen ist dagegen diese Präsumtion nur einfacher Natur und kann also durch den Beweis des hievon abweichenden wahren Sachverhältnisses beseitigt werden, so daß insbesondere diese Präsumtion mit der Grundlage, worauf der Eigentumseintrag ruht, steht und fällt. Im einzelnen folgendes:

1) Anfechtung wegen unrichtiger Intabulierung. Stimmt der Eintrag des Eigentums des Prozeßgegners schon formell nicht mit der Grundlage, worauf er sich stützt, indem durch ein Versehen des Grundbuchsbeamten z. B. der C statt des B oder die Liegenschaft Z statt Y im Gegensatz zu dem in diesen

---

286) Über die Ausnahme hinsichtlich der exceptio rei venditae et traditae s. Ziff. III.

287) Der letztere war z. B. überhaupt nicht Eigentümer oder nur Fideikommißbesitzer, dieses Rechtsverhältnis aber im Grundbuche nicht eingeschrieben, wobei hervorgehoben wird, daß im letzteren Falle der Erwerb auch wirksam ist, wenn er unentgeltlich erfolgte. S. Note 278.

Punkten richtigen Grundlagsdokumenten als: Erbschaftszeugnis, Adjudikationsdekret, Auflassungserklärung 2c. eingeschrieben worden ist, liegt also der Fehler überhaupt in der Einschreibung, so ist ein solcher Eintrag, wenn der Fehler einen wesentlichen Punkt betrifft, wie dies in den angeführten Beispielen der Fall ist, nichtig und kann der wirkliche Eigentümer, der durch diese offizielle Irrung natürlich sein Eigentum nicht verloren hat, mit der Vindikatio gegen den unrichtig eingeschriebenen Eigentümer Richtigstellung des Grundbuchs (soweit dies nicht ex officio geschieht bezw. ex officio noch geschehen kann) und gegebenen Falls auch Herausgabe der Liegenschaft erwirken. Nur muß er etwa inzwischen von Dritten entgeltlich und gutgläubig erworbene dingliche Rechte (inkl. Hypotheken) gelten lassen.

2) Anfechtung wegen Mängel der Grundlagen, worauf sich die Eintragung stützt.

Stimmt aber auch der Eigentumseintrag nach allen wesentlichen Richtungen formell mit den Grundlagen, auf welche hin derselbe erfolgt ist, so ist er deshalb doch noch keineswegs unangreifbar und kann vielmehr auch mit Rücksicht auf diese Grundlagen, also wegen Mängel derselben angefochten werden, woraus sich eben ergibt, daß das Preuß. Grundbuchrecht das Prinzip der sog. formellen Rechtskraft der Buchseinträge nicht adoptiert hat (s. hierüber oben S. 120). Es sind jedoch in dieser Beziehung folgende Gesichtspunkte in das Auge zu fassen:

a) Ist die Eintragung des Eigentums des Prozeßgegners auf Grund einer sogenannten „außerbücherlichen Erwerbsart“ vorgenommen worden so steht die prozessuale Anfechtung dieses Eigentumsrechts, welche letztere z. B. darauf gegründet werden kann, daß das betreffende Erbschaftszeugnis, welches der Einschreibung zur Grundlage gedient hat, gefälscht war oder eine unrichtige Person als Erben bezeichnete 2c., ganz unter den Grundsätzen des gemeinen Rechts, jedoch mit den immerhin gewichtigen Modifikationen, daß sich auch in diesen Fällen der Prozeßinhalt möglicher Weise bloß auf die Richtigstellung des Grundbuchs beschränken kann, und daß dingliche Rechte (insbesondere

Hypotheken), welche einem solchen „Bucheigentümer" gegenüber entgeltlich und gutgläubig erworben wurden, unanfechtbar sind (§ 9 Abs. 2 des E.E.G.) d. h. gültig bleiben, obgleich der eingeschriebene Eigentümer nicht Eigentümer war oder demselben eine sachliche, aber nicht eingetragene, dem Dritten unbekannte Dispositionsbeschränkung (z. B. Fideikommiß oder Lehenseigenschaft des Immobile) entgegenstund.

Über die actio Publiciana und exceptio rei venditae et traditae in diesen Fällen siehe unten sub III.

b) Hat dagegen der eingetragene Eigentümer — also der Prozeßgegner resp. dessen Erblasser — das Eigentum durch Auflassung d. i. rechtsnotwendig von einem bereits intabulierten Eigentümer[288]) erworben, so ist die Anfechtung eines in der Art erlangten Eigentums sehr beschränkt, indem gerade in diesen Fällen die Grundsätze des materiellen Publizitätsprinzips ihre bedeutsamsten Wirkungen äußern.

Gerade in diesen Fällen können nämlich vor allem Thatsachen, welche den Tabularstand, wie solcher hinsichtlich des Auktor bestund, als unrichtig erweisen, zur Anfechtung des Eigentums des Prozeßgegners nicht mehr benützt werden, soferne derselbe seinerseits in gutem Glauben entgeltlich[289]) erworben hat, wobei überdies hervorgehoben werden muß, daß die Gutgläubigkeit des Erwerbers dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Erwerber eine bereits in Mitte liegende obligatorische Gebundenheit des Auktor zur Übereignung der Liegenschaft an einen andern gekannt, also z. B. gewußt hat, daß der Auktor diese Liegenschaft schon vorher an den B verkauft und tradiert und von demselben etwa auch schon den Kaufpreis bezahlt erhalten hat.

Im übrigen aber kommen in diesen Fällen außer den

---

[288]) Nur hinsichtlich der Miterben ist, wie schon öfters erwähnt, eine Ausnahme gemacht.

[289]) Entgeltlichkeit des Erwerbs ist jedoch zum Ausschluß der Anfechtung nicht erforderlich, wenn der Tabularstand nur insofern unrichtig war, als eine sachliche Dispositionsbeschränkung des Auktor nicht eingetragen war. S. Note 278.

sub a angeführten Modifikationen folgende besondere Kategorisierungen in Betracht:

α) Ist das materielle Rechtsgeschäft (Kauf, Tausch ꝛc.), mit Rücksicht auf welches die Auflassungserklärung erfolgt ist, nichtig oder anfechtbar (z. B. wegen Irrtums), so kann aus dieser Thatsache immer nur eine persönliche Klage auf Rückgabe und resp. Rückauflassung der Liegenschaft — eine condictio — erwachsen, da sich eben nach Preuß. Recht der Eigentumsübergang in den Fällen der sogenannten freiwilligen Veräußerung nicht auf das materielle Rechtsgeschäft, sondern auf die abstrakte Auflassungserklärung gründet; niemals aber kann hieraus die Aufrechterhaltung des dinglichen Anspruchs und sohin einer dinglichen Klage abgeleitet werden, und das hat zur Folge, daß der kritische Anspruch im Falle einer Subhastation oder eines Konkurses gegenüber dem eingetragenen Eigentümer sich auf eine Interesseforderung reduziert d. h. in der Regel wertlos ist. Dies ist der wahre Sinn des oben angeführten, nicht leicht zu verstehenden § 10 des E.E.G. und wird derselbe auch in dieser Weise in der Preuß. Praxis aufgefaßt.[290])

Ein besonderer Nichtigkeitsgrund hinsichtlich des materiellen Rechtsgeschäftes ist aber, sobald einmal eine Auflassung erfolgt ist, überhaupt ausgeschlossen; es ist dies der Formmangel des Rechtsgeschäftes, so daß, wenn z. B. über eine Liegenschaft bloß ein mündlicher Kaufvertrag abgeschlossen wurde, nach geschehener Auflassung der Mangel der schriftlichen Fertigung des Vertrags nicht mehr urgiert werden kann, sondern vielmehr der Kauf nun infolge einer höchst exorbitanten rückwirkenden Kraft der Auflassung auf einmal Gültigkeit erlangt, also auf Grund dieses mündlichen Vertrags nun z. B. auf Bezahlung des Kaufschillings ꝛc. geklagt werden kann, während in dem Fall als überhaupt kein fester materieller Vertrag abgeschlossen wurde, nach der trotz alledem erfolgten formalen Auflassung wiederum die Condictiones als Rettungsmittel herhalten müssen,[291]) welche jedoch selbstverständlich

[290]) S. Turnau I S. 644 ff.

[291]) Turnau I S. 647 Ziff. 5.

in diesen Fällen in besonderem Maße beim Eintritt einer Subhastation oder eines Konkurses ihren Dienst versagen.

β) Stützt sich dagegen die Anfechtung auf einen in der Auflassungserklärung gelegenen Fehler, so ist zu unterscheiden:

Ist dieser Mangel der Art, daß die Auflassung als nichtig bezeichnet werden muß, was z. B. der Fall ist, wenn die Person, welche die Übereignung erklärt hat, gar nicht identisch mit dem im Grundbuche eingetragenen Eigentümer war oder derselben die persönliche Dispositionsfähigkeit etwa wegen Entmündigung fehlte ꝛc., so ist derjenige, zu dessen Gunsten die Auflassungserklärung und Einschreibung erfolgte, nicht Eigentümer geworden, auch wenn er die erwähnten Mängel nicht gekannt hat, also in soweit im guten Glauben war, und der wahre Eigentümer kann infolge dessen von der auf solcher Grundlage als Eigentümer eingeschriebenen Person sein Eigentum vindizieren; nur muß auch er dingliche Rechte, insbesondere Hypotheken, die inzwischen dem Bucheigentümer gegenüber von Dritten gutgläubig und entgeltlich erworben wurden, gelten lassen.

Ist endlich die Auflassungserklärung nur anfechtbar, so erlangt der Erwerber durch die Eintragung wirkliches Eigentum und die Auflassung nebst Eintragung bleiben gültig, so lange nicht thatsächlich von dem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht wurde. Diese Anfechtung ist aber nicht dinglicher, sondern nur persönlicher Natur; sie ist keine vindicatio, sondern nur eine condictio[292]) oder richtiger nur eine aus dem abstrakten Auflassungsvertrag hervorgegangene Kontraktsklage, welche erst durch Rückauflassung, zu deren Vornahme der Prozeßgegner verurteilt wird, zu ihrem eigentlichen Ziele, nämlich zur Wiedererlangung des Eigentums führt.

Über die Bedenken, welche teilweise gegen dieses System der Anfechtung von Buchseinträgen de lege ferenda bestehen, glaube ich, um Wiederholungen zu vermeiden, lediglich auf meine früheren desfallsigen Erörterungen (S. 124 ff.) Bezug nehmen zu dürfen.

---

[292]) Turnau I S. 639.

III. Die actio Publiciana und die exceptio rei venditae et traditae.

Die Vindikations- und die Negatorienklage stehen nach Preuß. Grundbuchsrechte mit Rücksicht auf die mehrfach erörterten Grundsätze über das (beschränkte) Eintragungsprinzip und über die Anfechtungsklagen nicht bloß dem eingetragenen Eigentümer, sondern selbstverständlich auch demjenigen zu, der durch außerbücherliche Erwerbsart Eigentümer geworden ist oder früher infolge Auflassung als Eigentümer eingetragen war, allein die nachfolgenden Eigentumseinschreibungen, durch welche er verdrängt wurde, als ungültig nachzuweisen vermag, also thatsächlich Eigentümer geblieben ist.

Es entsteht nun aber die Frage, ob die bezüglichen Ansprüche wegen Vorenthaltung oder wegen Eingriffs auch unter der Herrschaft des Grundbuchsystems auf den bloßen redlichen Erwerb gestützt werden können, also mit anderen Worten die höchst wichtige Frage, ob auch unter diesem System die actio Publiciana zulässig ist,[293]) und weiter, welche Stellung insbesondere derjenige erlangt, dem auf Grund eines materiellen Übereignungsgeschäftes die Liegenschaft bloß tradiert wurde, d. h. ob und in wieweit auch ihm die Publiciana und gegebenen Falls die exceptio rei venditae et traditae zur Seite steht? Zur Beantwortung dieser ziemlich schwierigen Fragen mögen an dieser Stelle nachfolgende kurze Andeutungen genügen.

1) Es wurde bereits oben § 6 (Seite 28 u. ff.) dieser Arbeit eine Erörterung über das Wesen der actio Publiciana und der exceptio rei venditae et traditae zu geben versucht, und zwar einerseits hinsichtlich der altrömischen (vorjustinianischen, also nicht rezipierten) Bedeutung dieser Rechtsmittel, wonach

---

[293]) Das Preuß. E.E.G. hat sich speziell über diese Frage nicht ausgesprochen und also deren Beantwortung der Wissenschaft und Praxis überlassen, während der publicianische Rechtsschutz nach Sächsischem bg. Ges.Buch § 325 ausdrücklich versagt, dagegen nach dem bayer. Entw. Art. 181 resp. dessen Motive S. 63 dem gutgläubigen Erwerber, soweit er nicht einem eingetragenen Eigentümer gegenübersteht, ausdrücklich gewährt ist.

dieselben hauptsächlich die Funktion hatten, dem prätorischen oder bonitarischen Eigentum, gegenüber dem quiritischen Eigentnm, und damit wesentlich dem Eigentumserwerb durch Tradition im Gegensatze zu dem formellen Eigentumserwerb durch mancipatio und in jure cessio zum Siege zu verhelfen.

Andererseits aber wurde dort auch die nunmehrige gemeinrechtliche Bedeutung dieser Rechtsmittel entwickelt, wonach die actio Publiciana überhaupt nun jedem redlichen Erwerber, d. h. Jedem gewährt ist, der die redliche Überzeugung hat, daß er sich die Sache aneignen dürfe, soferne dieser Glaube nur in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung findet, mag nun der Titel ein derivativer (hauptsächlich Tradition) oder ein originärer, ein indirekter oder ein direkter (z. B. Erbschaft) oder gar nur (wie bei der Ersitzung) ein putativer sein, während die exceptio rei venditae et traditae nun überhaupt die Fälle umfaßt, wenn der Vindikant oder dessen Auktor dem Beklagten oder dem Auktor desselben die Sache zu Eigentum tradiert hat unter Umständen, welche zwar den Eigentumsübergang, nicht aber die aus einem obligatorischen Verhältnis entstandene Verbindlichkeit, die Sache dem Beklagten zu belassen, ausgeschlossen haben, so daß diese exceptio die Eigentümlichkeit an sich trägt, aktiv und passiv auf den Sondernachfolger überzugehen. Aus diesen Deduktionen ergeben sich nun nach meinem Dafürhalten hinsichtlich unserer oben aufgestellten Frage zwei gewichtige Konsequenzen, nämlich vor allem die, daß die actio Publiciana mit der Beseitigung der Traditionstheorie im Gebiet des Immobiliarsachenrechts und deren Substitution durch die Inskriptionstheorie keineswegs aufgehoben wurde, da die Publiciana nach ihrer dargelegten modernen Bedeutung überhaupt den Schutz des gutgläubigen Erwerbs bezweckt, und der gute Glaube durch das Bewußtsein, daß Eigentum durch Tradition nicht mehr erworben werden kann, ebensowenig ausgeschlossen wird, als dies bei der Ersitzung zur Zeit der XII Tafeln (also der vorprätorischen Zeit) der Fall war, wo ja auch der Ersitzende wissen mußte, daß er ohne mancipatio oder in jure cessio Eigentum durch frei-

willige Veräußerung nicht erwerben könne. Ganz zweifellos gelten diese Sätze für die Publiciana des Preuß. Landrechts, wonach dieses Rechtsmittel im Anschluß an die bezügliche Entwicklung der gemeinrechtlichen Theorie einen außerordentlichen Umfang erhalten hat und z. B. von dem Nachweis eines Titels nicht abhängig gemacht ist.[294])

Die andere Konsequenz aber, welche sich aus obiger Deduktion ergibt, besteht darin, daß meines Erachtens die exceptio rei venditae et traditae im Gebiet des Immobiliarsachenrechts mit der Aufhebung der Traditionstheorie ihren relativ dinglichen Charakter verloren hat und sohin rein obligatorischer Natur (exceptio doli) ist, d. h. nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Gegner selbst auf Grund eines Übereignungsgeschäftes die betreffende Liegenschaft dem Extrahenten tradiert hat. Dieser Satz findet seine Rechtfertigung in der Erwägung, daß der relativ dingliche Charakter der fraglichen exceptio wesentlich darauf fußt, daß in den Anwendungsfällen derselben das Rechtsgeschäft mit Tradition in der Eigenschaft als eines an sich zur Übertragung des Eigentums geeigneten Akts bereits in Mitte liegt und nur ein besonderes Moment, in specie mangelndes Eigentum des Tradenten den Eigentumsübergang hindert, während nunmehr Rechtsgeschäft mit Tradition im Gebiete des Immobiliarsachenrechts überhaupt nicht mehr Eigentum zu erzeugen vermag, also von dem bloßen Mangel, der in einem speziellen konkreten Hindernis gelegen ist, nicht mehr die Rede sein kann.

Ganz zweifellos gelten diese Sätze für das Preuß. Landrecht.[295]) Es folgt aus dieser Darlegung zugleich, daß die fragliche exceptio als nunmehr rein persönlicher Natur der Konkursmasse des Tradenten gegenüber überhaupt nicht mehr geltend

---

[294]) Pr. L.R. I §§ 176 ff.
Dernburg Pr. Pr.R. S. 592 u. 609.
[295]) Pr. L.R. § 8, I 15.
Turnau I S. 635.
Dernb. u. hier Pr. Hyp.R. S. 247.

gemacht werden kann,[296]) ganz abgesehen davon, daß die bezüglichen Ansprüche nach Preuß. Grundbuchsrecht ohnedies speziell als Einreden reprobiert sind.

Die Unbilligkeit und Härte, die in dieser Bestimmung besonders dann vorliegt, wenn der Käufer die Liegenschaft, die ihm bloß tradiert wurde, bereits bezahlt hat und also solche doch an die Masse herausgeben muß, kann nach meiner Meinung nur durch besondere gesetzliche Norm beseitigt werden, welche sich jedoch de lege ferenda im hohen Grade empfiehlt.

2) Hienächst frägt es sich aber weiter, in welchem Umfange die beiden oft erwähnten Rechtsmittel unter der Herrschaft des Grundbuchrechts noch Geltung haben und aufrechterhalten sind? Darauf ergibt sich aus vorstehenden Erörterungen folgende kurze Antwort:

a) Die actio Publiciana ist auch bei Adoptierung des Grundbuchsystems mit Rücksicht auf ihre moderne Gestaltung nach wie vor allgemein zulässig, nur hat sie natürlich gegen den eingetragenen Eigentümer keinen Erfolg, sofern nicht die exceptio dominii desselben durch den Gegenbeweis, daß der eingetragene Eigentümer in Wirklichkeit nicht, bezw. nicht mehr Eigentümer sei, beseitigt werden kann; dagegen hat Kläger gegen den eingetragenen Eigentümer nicht mehr die replica rei venditae et traditae, da das E.E.G. § 7 Abs. 2 ganz allgemein (um eine Pression zur Vornahme der Auflassung auszuüben) gegen den eingetragenen Eigentümer die von ihm oder seinem Erblasser auf Grund eines die Eigentumsübertragung bezweckenden Rechtsgeschäfts vorgenommene Tradition nur zur Erhebung einer selbstständigen Klage bezw. Widerklage, nicht aber als Grundlage zu einer Einrede zu benützen gestattet.

b) Was aber den Anspruch aus der exceptio rei venditae et traditae betrifft, die also wie dargelegt immer nur obligatorischer Natur ist und daher nur zur Geltung ge-

---

[296]) S. über diese gewichtige Materie Dernburg Pr. Pr.R. I S. 594 Note 8.

bracht werden kann, wenn der Tradent der Prozeßgegner ist, so muß unterschieden werden: Ist der Tradent im Buch noch nicht als Eigentümer eingetragen, so ist es gestattet, diesen Anspruch als Einrede zu verwerten, ist er aber im Grundbuche eingetragen, und zwar gleichviel ob auf Grund einer außerbücherlichen Erwerbsart oder einer Auflassung, so kann dieser Anspruch nur in der Form einer selbständigen Klage bezw. Widerklage prozessual benützt werden.

Die Grundsätze des Preußischen Rechts hinsichtlich der in der sog. Grundbuchsordnung behandelten Materien und die materiellrechtlichen Prinzipien desselben hinsichtlich der Hypothek (und Grundschuld), sowie auch der oben Note 278 nur gestreiften Stellung der dinglichen Rechte (jura in re) im Grundbuchssystem werden zweckmäßig erst in der zweiten und dritten Abteilung dieses Werkes zu entsprechender Darstellung gelangen, weshalb von einer vorläufigen Erörterung derselben in dieser ersten Abteilung Umgang genommen wird.

Schlußbemerkungen.

Die Preußische Gesetzgebung spielt im Gebiete des Grundbuchs- und Hypothekenrechts eine so hervorragende Rolle, daß eine geschichtliche Darstellung der gesetzgeberischen Rückkehr zu den Grundsätzen des Deutschen Immobiliarsachenrechts, wie solche in den übrigen Bundesstaaten und Österreich erfolgte, ohne praktischen Wert wäre. Die ältere Preußische Gesetzgebung v. d. J. 1783 und 1794 war, wie bereits früher erwähnt, das Vorbild für das Bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822, welches letztere wiederum Nachahmung fand in dem Württembergischen Pfandgesetz vom 15. April 1825 und dem Sächsischen Hypothekengesetz vom 6. November 1843, wobei jedoch hervorgehoben werden muß, daß Sachsen schon mit dem eben erwähnten Gesetz vom J. 1843 zum Grundbuchssystem überging.

Hienach wird es genügen, hier nur noch über den dermaligen Stand der bezüglichen Gesetzgebungen hinsichtlich des Grundbuchs- und Hypothekensystems folgende Notizen zu geben.

I. Das Grundbuchssystem hat Gültigkeit:

1) auf Grund der Preußischen Grundbuchsgesetze vom 5. Mai 1872 und weiterer sogenannter Einführungsgesetze in der ganzen Preußischen Monarchie — mit Ausnahme der Gebiete des Oberlandesgerichts Köln (s. unten), des ehemaligen Herzogtums Nassau (s. unten), der ehemaligen freien Reichsstadt Frankfurt (s. unten), der Amtsgerichte zu Vöhl, Birkenfeld, Battenberg und Gladenbach, wo die Großherzoglich Hessischen Gesetze vom 2./12. 1852 über Erwerb des Grundeigentums und vom 15./4. 1858 über das Pfandrecht gelten, und des Herzogtums Lauenburg, wo noch gemeines Recht mit Modifikationen zur Anwendung kommt,

2) auf Grund derselben Gesetze im Fürstentum Waldeck (Einf.Gesetz v. 25./1. 1881), und im wesentlichen mit der Preußischen Gesetzgebung übereinstimmend:

a) im Großherzogtum Oldenburg mit Fürstentum Lübeck nach Eigentums-Erwerbsgesetz v. 3./4. 1876 und 6./1. 1882 und Grundbuchsordnung v. 3./4. 1876 und bezüglich des Fürstentums Birkenfeld nach Ver. v. 19./3. 1879,

b) im Herzogtum Braunschweig nach Eig.Erw.Gesetz v. 8./3. 1878 und Grundbuchsordnung vom gleichen Tage,

c) in Sachsen-Koburg-Gotha nach Eig.Erw.Gesetz v. 1./3. 1877 und Grundb.Ord. vom gleichen Tage,

d) in Sonderhausen auf Grund Eig.Erw.Gesetz v. 2./8. 1882 und Gr.B.Ord. von demselben Tage,

e) in Lippe-Detmold nach Eig.Erw.Ges. v. 27./7. 1882 und Gr.B.Ord. von demselben Tage,

f) in Lippe-Schaumburg nach Ges. 26./8. 1884;

3) im ehemaligen Herzogtum Nassau nach Maßgabe des Stockbuchgesetzes v. 5./5. 1851 und des Pfandgesetzes de eodem die (welche bei der Annexierung an Preußen erhalten blieben);

4) im Königreich Sachsen schon auf Grund des Hypo-

thekengesetzes v. 6./11. 1843 und nun des Bürgerlichen Gesetzbuches v. 2./1. 1863 §§ 369—504;

5) fast unverändert nach Maßgabe des Sächsischen Hypothekengesetzes vom Jahre 1843 und bez. des S. Bürg. Ges.B.:

a) in Sachsen-Altenburg Hypotheken-Ordnung vom 13./10. 1852,

b) für Reuß jüngere Linie Hyp.-Ord. v. 20./11. 1858,

c) für Reuß ältere Linie Hyp.Ord. v. 27./2. 1873;

6) im Großherzogtum Hessen in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen nach dem Gesetz v. 21./2. 1852 über Erwerb des Grundeigentums, 15./9. 1858 über das Pfandrecht und 4./8. 1871 über Immobiliarveräußerungsverträge;

7) in Mecklenburg-Schwerin und Strelitz für die städtischen Grundstücke nach der Rev. Stadtbuchs-Ordnung v. 21./12. 1857;

8) in Sachsen-Weimar nach Gesetz, das Verfahren bei Übertragung von Immobilien betreffend, v. 20./4. 1833, Pfandgesetz v. 6./5. 1839 und 7./5. 1839, Ausf.Ges. v. 12./3. 1841, Nachträge z. Pfandgesetz v. 31./5. 1847, 15./10. 1853, 15./2. 1865;

9) in Sachsen-Meiningen nach Gesetz über Anlage von Grundbüchern v. 15./7. 1862 nebst Rev. v. 1./3. 1865 und 7./11. 1872, Gesetz über Bestellung von Hilfspfandrechten vom 2./5. 1865;

10) in Anhalt nach Gesetz v. 11./3. 1877;

11) in Schwarzburg-Rudolstadt nach Gesetz v. 6./6. 1856;

12) in Hamburg nach Gesetz über Grundeigentum und Hyp. v. 4./12. 1868 mit Einf.Ges. v. 28./7. 1869;

13) in Lübeck nach Ges. v. 11./5. 1880;

14) in Bremen nach Rev. Handfestord. v. 30./7. 1860 mit Abänd. v. 21./9. 1879, 23./12. 1879 u. 11./11. 1880. (Es werden jedoch weder eigentliche Grund- noch Hypothekenbücher geführt, indem vielmehr die Übertragung von Grundeigen-

tum durch öffentlichen Verkauf oder Lassung, die Verpfändung aber durch Ausstellung der Handfesten erfolgt, welche auf Verlangen des Gläubigers in das Eintragebuch des Handfestenamts eingeschrieben werden, ohne daß indes diese Inskription die Bedeutung einer Begründung des Rechts hat, indem solche nur die Erwirkung possessorischer Vorteile bezweckt);

15) in Österreich nach den Bestimm. des Allg. Bürg. Ges.B. §§ 431—471 und des Gr.B.Ges. v. 25./7. 1871;

II. Das Hypothekenbuchs-System ist noch in Wirksamkeit:

1) in Bayern r. Rh. nach dem Hyp.Ges. v. 1./6. 1822, wozu kommt Ausf.Ges. z. C.Pr.Ord. v. 23./2. 1879 Art. 27—33, 123—125 und Subh.Ord. v. 23./2. 1879 mit Novelle v. 29./5. 1886;

2) in Württemberg nach Pfandgesetz v. 15./4. 1825, Pf.Entwickl.Ges. v. 21./5. 1828 und Subh.Ord. v. 8./8. 1879;

3) in Mecklenburg-Schwerin-Strelitz für die Landgüter nach Rev. Hyp.Ord. für die Landg. v. 18./10. 1848;

4) in Frankfurt a. M. nach Inskriptionsges. v. 16./3. 1820, 20./6. 1834, 19./9. 1863, Transskriptionen und Hypothekbestellungen auf dem Lande v. 10./3. 1825 und Rang der Gläubiger mit Abschaffung der Generalhypotheken v. 10./1. 1837.

III. Das französ. System der Führung von Transskriptions- und Inskriptionsregistern gilt im wesentlichen nach dem Code civil in Rheinpreußen und Rheinbayern und — mit teilweise sehr erheblichen Modifikationen — in Elsaß-Lothringen (Transskr.Gesetz v. 23./3. 1855), Baden und in der Provinz Rheinhessen.

Weber, Friedrich

Deutsches Hypothekenrecht mit besonderer Rücksicht auf dessen Reform im Reichs-Civil-Gesetzbuche

Bd.: 1

Nördlingen 1887